

اختلاف أبي خنيفة وابن أبي بلبلى

للامام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى

المتوفى سنة ١٨٢ من الهجرة

عنى بتصحيحه والتعليق عليه

أبو الوفاء الأفعاني

المدرس بالمدرسة النظامية بالهند

عُيِّنَتْ بِمَشْرِعِ لَجْنَةِ إِحْيَاءِ الْمَعَارِفِ النِّعَانِيَّةِ
بِحَيْدَرَأَبَادِ الدِّكْنِ بِالْهِنْدِ

الطبعة الأولى : حق النشر والنقل محفوظ

أشرف على طبعه

رضوان محسن ضروان

وكيل لجنة إحياء المعارف النعمانية بمصر

مطبعة الوفاء

١٣٥٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى شرف العلماء بقوله : « هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون » وخص المستنبطين منهم بفصل خطابه : « فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون »

والصلاة والسلام على النبي الامى الذى قال : « من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين » وعلى آله وصحبه نجوم الاهتداء وفقهاء الدين

وبعد : فان اختلاف الأئمة فى الفروع رحمة للأمة . وقد اختلف الصحابة رضى الله عنهم ومن بعدهم من الفقهاء فيها ، ولولا ذلك لضاق الأمر وساد الحرج . وقد أخرج ابن عبد البر فى جامع بيان العلم ، والخطيب فى الفقيه والمتفقه كثيراً من الآثار الواردة فى ذلك ، حتى دون العلماء قديماً وحديثاً ، اختلاف الأئمة فى كتبهم ، لثلا يقع الخواص فى خرق الإجماع والعوام فى الحرج . وإن أقدم من صنف فى الاختلاف الإمام الأعظم أبو حنيفة ، فانه ألف كتاب « اختلاف الصحابة » ثم صنف تليذه الكبير الإمام أبو يوسف القاضى كتاب « اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى » ثم صنف أبو عبد الله محمد بن شجاع الثلجى « اختلاف يعقوب وزفر » ثم صنف الطحاوى « اختلاف الفقهاء » عامة ، وابن المنذر « الإشراف فى الخلاف » كذلك ، وابن جرير « اختلاف الفقهاء » أيضاً إلا أنه جرده عن الدلائل . وأما أبو يوسف فجمع ما اختلف فيه أستاذاه خاصة ولم يلتفت إلى اختلاف غيرهما ، كسفيان الثورى ، وحسن بن صالح ، وشريك بن عبد الله ، وابن

شبرمة وأمثالهم من مجتهدى الكوفة ، لأنه تفقه عليهما ، وغرضه جمع ما استفاد منهما مما اختلفا فيه ، ليبين قوله معهما متفقا مع هذا ومختلفا مع ذلك مرة وبالعكس مرة أخرى ، وإيكون ذخيرة وذكرى لمن بعده . وقد رواه عنه صاحبه الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني ، ثم اختصره في جملة ما اختصره من كتبه الحاكم أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي الشهيد وشرحه الإمام السرخسي في مبسوطه مع باقى كتبه . قال فى المجلد ٣٠ من مبسوطه فى صفحة ١٢٨ : « اعلم أن أبى يوسف كان يختلف إلى ابن أبى ليلى فى الابتداء فتعلم بين يديه تسع سنين ، ثم تحول إلى مجلس أبى ^(١) حنيفة ... قيل : كان سبب تحول أبى يوسف إلى مجلس أبى حنيفة أنه كان تبع ابن أبى ليلى وقد شهد ملاك رجل فلما نثر السكر أخذ أبى يوسف رحمه الله بعضاً فكره له ذلك ابن أبى ليلى وأغلظ له القول وقال : أما علمت أن هذا لا يحل ؟ فجاء أبى يوسف إلى أبى حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال : لا بأس بذلك بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مع أصحابه فى ملاك رجل من الأنصار فثر التمر فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع ذلك ويقول لأصحابه : « انتهوا » . وبلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع لما نحر مائه بدنة أمر بأن يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال : « من شاء أن يقطع فليقطع » فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعاً . فلما تبين له تفاوت ما بينهما تحول إلى مجلس أبى حنيفة . وقيل : كان سبب ذلك أنه كان يناظر

(١) وهو كبير على الصحيح ، ولأزمه ثمانى عشرة سنة ، كما صحت الرواية عنه بذلك من طرق وقضاء ابن أبى ليلى فى الدولتين الأموية والعباسية كان طويل الأمد

زفر رحمه الله وتبين له بالمناظرة معه تفاوت ما بين فقه أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله فتحول إلى مجلس أبي حنيفة، ثم أحب أن يجمع المسائل التي كان فيها الاختلاف بين أستاذه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك، إلا أنه زاد بعض ما كان سمع من غيره، فأصل التصنيف لأبي يوسف، والتأليف لمحمد رحمه الله عليهما، فعد ذلك من تصنيف محمد، ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر»

ويعلم من قول السرخسي هذا أن كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» من أجزاء «الأصل» ولولا ذلك لما اختصره الحاكم في كتابه، وأيضاً يدل عليه شرح السرخسي له وعده من تصانيف محمد، لكن النسخ التي رأيتها من «الأصل» أو رأيت فهرس كتبه من نسخ مكة المكرمة ومصر واستنبول ليس فيها شيء من هذا الكتاب إلا في جزء منه مما في دار الكتب المصرية على ما كتب لي فهرسه فضيلة الأستاذ رضوان محمد رضوان وأرسله إلى من القاهرة، فإن في كتاب الوديعة وكتاب العارية منه ما ذكر فيه من مسائل الوديعة والعارية بعنوان باب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الوديعة وفي العارية، وطلبت منه نسخ الباين فأرسلهما إلى فوجدتهما مثل ما في هذا الكتاب، فلعل بعض نسخ «الأصل» حوته متفرقا في كل الكتاب لا مجتمعاً في مقام واحد، وأظنه من صنع بعض رواة «الأصل» والله أعلم بحقيقة الحال

فهذا الكتاب جليل القدر، عظيم الشأن، نادر الوجود. احتج فيه بأحاديث وآثار مرفوعة وموقوفة مسندة ومنقطة من بلاغاته، فأحبت لجنة إحياء المعارف النعمانية أن تنشره فلم نجد له إلا نسخة واحدة في الهند،

فارتأت اللجنة أن أسعى في تصحيحه ، وشرح بعض غريب لغته ، وإيضاح بعض مسائله ، وتخرج أحاديثه ، وتراجم رجاله ، فقممت بهذه المهمة على قدر استطاعتي مع قصر باعى وقلة بضاعتي ، مستعيناً بالله تعالى ، فصحيحته بقدر وسعى ، وخرجت أحاديثه وعزوتها إلى مخرجها ما وجدت إلى ذلك سيلاً ، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، وترجمت رجال أحاديثه ناقلاً من الكتب المشهورة في فن الرجال كتهذيب التهذيب ، والخلاصة ، وتعجيل المنفعة ، ولسان الميزان وغيرها ، ولم أترجم للصحابة إلا نادراً لأنهم كلهم عدول مشاهير ، ومن ترجمت له من الصحابة إنما ترجمت له في ضمن تراجم أبنائهم للمناسبة أو لعدم شهرتهم ، وشرحت غريبه بمدد الكتب الشهيرة في اللغة كالمغرب في مصطلح الفقه ، ومجمع بحار الأنوار لغريب الحديث وغيرهما

أما ترجمة راوى الكتاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني فمن شاء أن يطلع عليها فعليه بيلوغ الأمانى لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد زاهد الكوثرى حفظه الله فإنه استوعب وأجاد جزاه الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء وأما ترجمة الإمام الأعظم ، وأبي يوسف القاضى مصنف الكتاب فمبسوطة في كتب المناقب ، والطبقات ، والرجال ، والتاريخ ، تركناها هنا للاختصار

وأما ابن أبى لىلى فهو : محمد ، بن عبد الرحمن ، بن أبى لىلى ، الأنصارى ، الكوفى ، الفقيه ، قاضى الكوفة ، وأحد الأعلام . قال فى تهذيب التهذيب : روى عن أخيه عيسى ، وابن أخيه عبد الله بن عيسى ، ونافع مولى ابن عمر وأبى الزبير المكي ، وعطاء بن أبى رباح ، وعطية ، وعمر بن مرة ، وسلمة

ابن كهيل ، والمنهال بن عمرو ، وداود بن علي ، والأجلح بن عبد الله ،
وإسماعيل بن أمية ، وحميضة بن الشمرذل . قلت : والشعبي ، والحكم وغيرهم
كما في تذكرة الحفاظ ، روى عنه ابنه عمران ، وقرينه عيسى بن المختار بن
عبد الله بن عيسى ، وزائدة ، وابن جريج ، وقيس بن الربيع ، وشعبة ،
والثوري ، وعيسى بن يونس ، ومحمد بن الربيع ، ووکیح ، وعلي بن هاشم
ابن البريد ، وعبيد الله بن موسى ، وأبو نعيم . قلت : وأبو يوسف القاضي ،
وعبد الله بن داود الحريبي ، وآخرون . قلت : روى له الأربعة في سننهم ،
وكان ثقة ، صدوقا . وتكلموا في حفظه فقالوا : شغل بالقضاء فساء حفظه .
قال في تهذيب التهذيب : وقال أبو حاتم عن أحمد بن يونس : ذكره زائدة
فقال : كان أفقه أهل الدنيا . وقال العجلي : كان فقيها ، صاحب سنة ، صدوقا
جائز الحديث ، وكان عالما بالقرآن ، وكان من أحسن الناس ، وكان جميلا
نبیلا . وأول من استقضاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفي . وقال ابن أبي
خيصة عن يحيى بن معين : ليس بذاك . وقال أبو زرعة : ليس بأقوى
ما يكون . وقال أبو حاتم : محله الصدق ، كان سيء الحفظ ، شغل بالقضاء فساء
حفظه ، لا يهتم بشيء من الكذب إنما ينكر عليه كثرة الخطأ ، يكتب
حديثه ولا يحتج به الخ . قال الحافظ ابن حجر : قلت : له ذكر في الأحكام
من صحيح البخاري ، قال : أول من سأل علي كتاب القاضي البينة ابن أبي ليلى
وسوار . قال ابن حبان : كان فاحش الخطأ ؛ ردى الحفظ ، فكثرت المناكير
في روايته ، تركه أحمد ، ويحيى «أي ابن معين» وقال الدارقطني : كان ردى
الحفظ ، كثير الوهم . وقال ابن جرير الطبري : لا يحتج به . وقال
يعقوب بن سفيان : ثقة عدل ، في حديثه بعض المقال ، لين الحديث عندهم .

وقال صالح بن أحمد عن ابن المديني : كان سيء الحفظ ، واهى الحديث .
وقال أبو أحمد الحاكم : عامة أحاديثه مقلوبة . وقال الساجي : كان سيء
الحفظ لا يعتمد الكذب فكان يمدح في قضائه فأما في الحديث فلم يكن حجة .
قال : وكان الثوري يقول : فقهاؤنا ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة . وقال ابن
خزيمة : ليس بالحافظ وإن كان فقيها عالما . قلت : وذكره في تذكرة الحفاظ
فقال ج ١ ص ١٦٢ « قال أحمد بن يونس : كان ابن أبي ليلى أفقه أهل
الدنيا . وقال العجلي : كان فقيها صدوقا ، صاحب سنة ، جازئ الحديث ،
قارئاً ، عالماً بالقرآن ، قرأ عليه حمزة . وقال أبو زرعة : ليس هو بأقوى
ما يكون . وقال أحمد : مضطرب الحديث . قلت : حديثه في وزن الحسن
ولا يرتقى إلى الصحة لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة . مات في شهر
رمضان سنة ثمان وأربعين ومائة . وقال أبو حفص الأبار عنه : قال :
دخلت على عطاء فجعل يسألني وكان أصحابه أنكروا ذلك فقال : وما
تسكرون ؟ هو أعلم مني »

وأبوه عبد الرحمن من كبار التابعين ، الثقات الأعلام ، ولد لست بقين
من خلافة عمر رضى الله عنه . وجده أبو ليلى الأنصاري ، يقال اسمه يسار ،
وقيل بلال ، وقيل بليل ، وقيل داود ، وقيل أوس ، وقيل لا يحفظ اسمه .
له صحبة ، شهد أحداً وما بعدها . كان من أصحاب علي رضى الله عنه ، شهد معه
مشاهده وانتقل إلى الكوفة وقتل بصفين معه ، رضى الله عنه

أبو الوفا الأفغانى

٢١ رمضان سنة ١٣٥٧

رئيس لجنة إحياء المعارف النعمانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال (١) محمد بن الحسن عن أبي يوسف قال : إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوبا غطاه قباء فقال رب الثوب : أمرتك بقميص ، وقال الخياط : أمرتني بقباء ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول رب الثوب ويضمن الخياط قيمة الثوب . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول :

(١) هذه مسائل الاجارة من باب ضمان الأجير المشترك . ولم يذكر في الأصل لفظ الباب ، ولم يذكر الحاكم هذه المسائل في مختصره في هذا الكتاب وذكرها السرخسي في مواضع من كتابه

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً . قال الامام السرخسي ج ١٥ ص ٩٦ من مبسوطه « ولو أسلم ثوبا إلى خياط وأمره أن يخيطه قميصا بدرهم غطاه قباء فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه ، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي له » لأنه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف الخ ثم ذكر ناقلا عن المختصر « فإن قال رب الثوب : أمرتك بقميص ، وقال الخياط : أمرتني بقباء ، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا » . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله : القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان . والشافعي : يقول إنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في المعقود عليه . ولو اختلفا في البدل تحالفا إذا كان قبل إقامة العمل فكذلك في المعقود عليه . ولكن هذا لا معنى له هنا لأن رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الأجر ديناً في ذمة رب الثوب ، فلا يكون هذا في معنى ماود الأثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ « وإن أقاما البيئة فالبيئة بيئة الخياط » لأنه هو المدعى الاذن في خياطة القباء ، والوفاء بالمعقود عليه ، وتقرر

القول قول الخياط في ذلك . ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم^(١) . وبلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه قال : لا ضمان عليهم^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هم ضامنون لما هلك عندهم وإن لم تكن أيديهم فيه . قال أبو يوسف : هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب

الأجر في ذمة صاحب الثوب » وإن اختلفا في الأجر فالقول قول رب الثوب » لأنه منكر للزيادة « والبيئة بيئة الخياط » لأنها تثبت الزيادة الخ (١) قال السرخسى في مبسوطه ج ١٥ ص ١٠٣ في باب متى يجب للعامل الأجر قال « وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه » كالخرق الغالب . وكذلك الخلاف في كل أجير كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره . والمشارك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد ، ولهذا يسمى مشتركا ، ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه ، وهو الذى يستوجب البدل بمقابلة منافعه الخ . ثم بين المسألة بالتفصيل مع الدلائل ، فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه

(٢) قلت : أخرجه طلحة بن محمد في مسنده من طريق أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بشر الكوفى عن محمد بن علي عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا ضمان على قصار ولا صباغ ولا وشاء » وأخرجه محمد في الآثار عنه عن بشر أو بشير عن أبي جعفر « أن علي بن أبي طالب كان لا يضمن القصار ولا الصباغ ولا الحائك » . وأخرجه الكلاعى من طريق محمد بن خالد الوهبي عن الامام عن يونس بن محمد عن أبي جعفر محمد بن علي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب « أنه كان لا يضمن القصار ولا الصباغ »

باب الغصب

قال أبو يوسف : وإذا اغتصب الرجل الجارية فباعها وأعتقها المشتري فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع والعتق فيها باطل لا يجوز ، لأنه باع مالا يملك وأعتق مالا يملك . وبهذا نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : عتقه جائز وعلى الغاصب القيمة

قال : وإذا اشترى الرجل الجارية فوطئها ثم اطلع المشتري على عيب كان بها دلسه البائع له ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس له أن يردها بعد الوطء . وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه ^(٢)

(١) قلت : وهو قول محمد أيضاً كما هو مصرح في المبسوط ، وبدأ الحاكم هذا الكتاب في مختصره بهذه المسألة

(٢) أخرجه الامام محمد في الآثار والحسن بن زياد في مسنده عن الامام عن الهيثم عن ابن سيرين عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه في الرجل يشتري الجارية فيطؤها ثم يجد بها عيباً قال « لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنتقصان العيب » قال محمد : وبه نأخذ وكذلك إذا لم يطأها وحدث بها عيب عنده ثم وجد بها عيباً دلسه البائع فإنه لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنتقصان العيب ، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها بالعيب الذى حدث عند المشتري . ولا يأخذ للعيب أرشاً ولا للوطء عقراً ، فان شاء ذلك أخذها وأعطاه الثمن كله . وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه . وأخرجه ابن خسرو البلخي من طريق بن المظفر ، والحسن بن زياد عن الامام عن الهيثم عن الشعبي عن علي رضى الله عنه . وأخرجه البيهقي عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد « أى الصادق » عن أبيه عن علي بن حسين عن علي رضى الله عنه ولفظه في رجل اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيباً قال : لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء ، وإن لم يكن وطئها ردها . قال : وكذلك رواه سفيان الثوري وحفص بن غياث عن جعفر بن محمد ، وهو مرسل . علي بن حسين لم يدرك

قال أبو يوسف : ولكنه يقول يرجع عليه بفضل ما بين العيب والصحة والعيب من الثمن ^(١) . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يردّها ويرد معها مهر مثلها ^(٣) : والمهر في قوله يأخذ العشر من قيمتها ونصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك . ولو أن المشتري لم يطل الجارية ولكنه حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردّها في قول أبي حنيفة ، ولكنه يرجع بفضل ما بين العيب والصحة .

جده عليا . وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين ابن علي عن علي بن علي رضي الله عنهم ، وليس بمحفوظ . قلت : لا بأس به بعد أن رواه الامام بسند متصل كما ذكرته ، والمرسل أيضا حجة عندنا وعند الأكثر خصوصا مراسيل مثل الامام زين العابدين رضي الله عنه وكفالك به حجة ! ومسلم بن خالد الزنجي من رجال أبي داود وابن ماجه ، ذكره ابن حبان في الثقات ، ووثقه ابن معين وقال الساجي : صدوق ، وهو من الفقهاء الأعلام

(١) قال في المبسوط ج ١٣ ص ٩٧ : قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن ، لأن الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن ، لانه صار متصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن ، فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها ، فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن ، وإن كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن إلا أن يقول البائع : ردّها على فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردّها ، لأن المانع من الرد حقه ، وقد زال حين رضي به

(٢) وهو قول محمد أيضا أفاده السرخسي في ص ٩٥ ج ١٣

(٣) وفي المبسوط ج ١٣ ص ٩٥ في باب العيوب في البيع وقال ابن أبي ليلى : يردّها بكرأ كانت أو ثيبا ، ويرد معها عتمرها عشر قيمتها إن كانت بكرأ أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا . قلت : وروى ذلك عن عمر بن يزيد بن ثابت رضي الله عنهما أفاده السرخسي بعد ذلك

وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : يردّها ويرد ما نقصها العيب
الذى حدث عنده

قال : وإذا اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل فقاضى له بها القاضى ،
فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : على الواطئ مهر مثلها على مثل
ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ويرجع بالثمن على الذى باعه ولا
يرجع بالمهر . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : على الواطئ المهر ، على
ما ذكرت لك من قوله ، ويرجع على البائع بالثمن والمهر لأنه قد غره منها .
قال محمد : وكيف يرجع عليه فى قول ابن أبي ليلى بما أحدث وهو الذى
وطئ ؟ أرايت لو باعه ثوبا فخرقه أو أهلكه فاستحقه رجل وضمنه بالقيمة
أليس إنما يرجع على البائع بالثمن وإن كانت القيمة أكثر منه ؟

قال : وإذا اشترى الرجلان جارية فوجداهما عيبا فرضى أحدهما بالعيب
ولم يرض الآخر ، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : ليس لواحد
منهما أن يرد حتى يجتمعا على الرد جميعا . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول :
لأحدهما أن يرد حصته وإن رضى الآخر بالعيب . وبه نأخذ (٢)

قال : وإذا اشترى الرجل أرضا فيها نخل وفيه ثمر ولم يشترط شيئا ،
فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول (٣) : الثمر للبائع إلا أن يشترط ذلك
المشتري . وكذلك بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول :

(١) وهو قول محمد كما يفهم من المبسوط

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضا كما أفاده السرخسى فى باب خيار العيب

ص ٥٠ ج ١٣

(٣) زاد السرخسى النخل للمشتري والثمره للبائع الخ

« من اشترى نخلا له ثمر مؤبرة فثمره للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري ،
ومن اشترى عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري ^(١) » :
وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : الثمرة للمشتري وإن لم يشترط ،
لأن ثمرة النخل من النخل

(١) أخرجه الامام محمد في كتاب الآثار عن الامام عن أبي الزبير عن جابر
رفعه : « من باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال فثمرته والمال للبائع إلا أن يشترط
المشتري » . وأخرجه الحارثي وابن خمر وطلحة بن محمد وابن المظفر والأشثاني
والكلاعي أيضا . وأخرجه الحسن بن زياد أيضا في مسنده عنه . وأخرجه
الحارثي والأشثاني والقاضي أبو بكر عنه عن أبي الزبير عن جابر بلفظ : « من
باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن باع نخلا مؤبرا
فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع » . وأخرجه أبو يوسف في آثاره بلفظ :
« من باع نخلا مؤبرا أو عبدا فثمر النخل ومال العبد للبائع إلا أن يشترط
المبتاع » . وأخرجه الشيخان عن ابن عمر بلفظ « من باع نخلا مؤبرا فالثمره للبائع
إلا أن يشترط المبتاع »

(٢) قال السرخسي : وبه أخذ محمد رحمه الله ، ثم قال : وقال أبو يوسف : إن
اشترى الأرض بحقوقها أو مرافقتها دخل الثمار في العقد وإلا لم تدخل . فأما على
قول محمد وهو قول أبي حنيفة ، لا تدخل الثمار إلا بالتنصيص عليها ، سواء ذكر
الحقوق أو لم يذكر ، بمنزلة المتاع في الأرض . وحكى أن أبا يوسف رحمه الله
كان أملى هذه المسألة على أصحابه وكان محمد حاضرا في المجلس فلما ذكر هذا القول
قال محمد رحمه الله في نفسه : ليس الأمر كما يقول ، فبادأه المستملي هنا من يخالفك
رحمك الله ! فتال : من هو ؟ فقال : محمد بن الحسن ؛ فقال أبو يوسف : ما نصنع
بقول رجل قعد عن العلم ! أي ترك الاختلاف إلينا ، فسكت محمد ولم يجبه احتراما
له . قلت : ولم يذكر هذا التفصيل هنا في المتن فلعله اختاره بعد تصنيف هذا
الكتاب ، والله أعلم

باب الاختلاف فى العيب

قال أبو يوسف : وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الدابة أو الثوب أو غير ذلك فوجد المشتري به عيبا وقال : بعتنى وهذا العيب به فأنكر ذلك البائع ، فعلى المشتري البينة ، فإن لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين بالله لقد باعه وما هذا العيب به ، فإن قال البائع : أنا أرد اليمين عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أرد اليمين عليه ولا يحولها ^(١) عن الموضع الذى وضعها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول مثل قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، إلا أنه إذا اتهم المدعى رد اليمين عليه فيقال : احلف وردها ، فإن أبى أن يحلف لم يقبل منه وقضى عليه

قال : وإذا باع الرجل بيعاً فبرىء من كل عيب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البراءة من كل ذلك جائزة ولا يستطيع المشتري أن يرده بعيب كائنا ما كان . ألا ترى أنه لو أبرأه من الشجاج برىء من كل شجة ، ولو أبرأه من القروح برىء من كل قرحة ؟ وبهذا نأخذ ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لا يبرأ من ذلك حتى يسمى العيوب كلها بأسمائها ، ولم يذكر أن يضع يده عليها ^(٤)

(١) قوله « ولا يحولها » الخ أى لا يغير تقسيم النبي صلى الله عليه وسلم حيث

جعل البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه

(٢) وهو قول محمد بن الحسن أيضا

(٣) وهو قول أبي حنيفة . والمسألة فى ص ٩٥ ج ١٣ من مبسوط السرخسى

(٤) وروى أصحاب المناقب فى متاطرة جرت بينه وبين الامام بين يدى

قال : وإذا اشترى الرجل دابة أو خادما أو دارا أو ثوبا أو غير ذلك فادعى فيه رجل دعوى ، ولم يكن للمدعى على دعواه بينة فأراد أن يستحلف المشتري الذى فى يديه ذلك المتاع على دعواه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : اليمين عليه ألبة بالله ما لهذا فيه حق . وبهذا نأخذ (١) وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه أن يحلف بالله ما يعلم أن لهذا فيه حقا قال . وإذا اشترى المشتري بيعاً (٢) على أن البائع بالخيار شهراً أو على أن المشتري بالخيار شهراً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع فاسد ولا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : « من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام إن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير (٣) » فجعل الخيار كله

منصور الخليفة أنه كان مذهبه أنه لا يبرأ حتى يضع يده على المعيب ونفاه الامام أبو يوسف بقوله : ولم يذكر الخ

(١) وهو قول محمد أيضاً كما فى المبسوط

(٢) كذا فى الأصل ولعله تصحيف شيئاً

(٣) أخرجه الحافظ ابن المظفر وابن خسرو من طريقته عن زفر عن الامام عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة رضى الله عنه ولفظه « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد معها صاعاً من تمر لا سمراء » وأخرجه مسلم هكذا إلا أنه قال : « من ابتاع » وأخرجه الطحاوى من طريق هشام وجيب عن ابن سيرين . وأخرجه من طريق سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة مثله بلفظ « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام فإن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر » وروى هذا الحديث من طرق آخر ولم يذكر فيها لخيار المشتري وقت . أخرجه مسلم والبخارى والطحاوى وغيرهم

على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول :
الخيار جائز شهراً كان أو سنة . وبه نأخذ ^(٢)

قال : وإذا اشترى الرجل بيعاً ^(٣) على أن البائع بالخيار يوماً وقبضه
المشتري فهلك عنده ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المشتري
ضامن بالقيمة لأنه أخذه على بيع . وبه نأخذ ^(٤) . وكان ابن أبي ليلى يقول :
هو أمين في ذلك لاشيء عليه فيه . ولو أن الخيار كان للمشتري فهلك عنده
فهو عليه بضمن الذي اشتراه به في قولهما

قال : وإذا اشترى الرجل الجارية فباع نصفها ولم يبع النصف الآخر
ثم وجد بها عيباً قد كان البائع دلسه له ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : لا يستطيع أن يرد ما بقى منها ولا يرجع بما نقصها العيب ، ويقول ^(٥) :
رد الجارية كلها كما أخذتها وإلا فلا حق لك . وبه نأخذ ^(٦) . وكان ابن

(١) قال السرخسى في المبسوط ص ٣٨ ج ١٣ بعدما ذكر الحديث : ففيه دليل
جواز اشتراط الخيار في البيع . والمراد خيار الشرط ، ولهذا قدره بثلاثة أيام .
وذكر التحنيل لبيان السبب الداعى إلى شرط الخيار . والمحفلة : التى اجتمع اللبن
في ضرعها . والمحفل : هو الجمع اه أى قال بالخيار حسب ما قدره صلى الله عليه
وسلم بقوله « ثلاثة أيام »

(٢) وهو قول محمد أيضاً كما فى المبسوط ص ٤١ ج ١٣

(٣) كذا فى الأصل ولعله تصحيف شيئاً

(٤) وهو قول محمد أيضاً . أفاده السرخسى فى مبسوطه ص ٤٦ ج ١٣

(٥) كذا فى الأصل يعنى يقول له

(٦) وبه أخذ محمد أيضاً

أبي ليلى رحمه الله يقول : يرد ما في يده منها على البائع بقدر ثمنها ^(١) . وكذلك قولهما ^(٢) في الثياب وفي كل بيع ^(٣)

قال : وإذا اشترى الرجل عبداً واشترط فيه شرطاً أن يبيعه من فلان أو يهبه لفلان أو على أن يعتقه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع في هذا فاسد . وبه نأخذ ^(٤) . وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه نحو من ذلك ^(٥) وكان ابن أبي ليلى يقول : البيع جائز والشرط باطل .

(١) وفي المبسوط ج ١٣ ص ١٠١ وقال ابن أبي ليلى : له ذلك « أى رد ما بقى منها » إلا أن يشاء البائع أن يرد عليه بنقصان العيب الخ
(٢) أى قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى

(٣) وفي بيع بعض الطعام روايتان عن أبي يوسف ومحمد في رواية يرد ما بقى ، لأنه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا باع اعتباراً للبعض بالكل ، وفي رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة . وأما إذا أكل بعضه ففي رواية عنهما يرجع بنقصان العيب في الكل ، لأن الطعام في حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب . وأكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولى ، وفي الرواية الأخرى يرد ما بقى ويرجع بنقصان العيب فيما أكله — من المبسوط ص ١٠٢ ج ١٣

(٤) وبه أخذ الامام محمد بن الحسن أيضاً — أفاده السرخسى في مبسوطه

ج ١٣ ص ١٣

(٥) أخرج الامام محمد في الآثار عن الامام عن أبي العتوف عن الزهري أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهدى أحق بها بثمنها ، فلقى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فذكر له فقال : ما يعجبني أن تقر بها ولأحد فيها شرط ، فرجع عبد الله

قال : وإذا كان لرجل على رجل مال من [ثمن] ^(١) يبيع فخل المال فأخبره عنه إلى أجل آخر، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : تأخيره جائز وهو إلى الأجل الآخر الذى أخره عنه ^(٢) وبه نأخذ ^(٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول : له أن يرجع فى ذلك إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح منهما

قال : ولو أن رجلا كان له على رجل مال فتغيب عنه المطلوب حتى حط ^(٤) عنه بعد ذلك المال على أن يعطيه بعضه ثم ظهر له بعد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ما حط عنه من ذلك المال فهو جائز. وكان ابن أبى ليلى يقول : له أن يرجع فيما حط عنه لأنه تغيب عنه ^(٥) وبه نأخذ ^(٦) . ولو أن الطالب قال : إن ظهر لى فله مما عليه كذا وكذا ، لم يكن قوله هذا يوجب عليه شيئا فى قولهم جميعاً

فردها . قال محمد : وبه نأخذ . كل شرط كان فى بيع ليس فيه منفعة للبائع أو المشتري أو للجارية فهو فاسد . وأخرجه الحسن بن زياد أيضا فى مسنده وابن خسرو من طريقه . وأخرجه البيهقى فى سننه ج ٥ ص ٣٣٦ من طريق مالك عن ابن شهاب (الزهرى) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن عبد الله — الحديث

- (١) زيادة من مبسوط الامام السرخسى
- (٢) زاد فى المبسوط : وليس له أن يرجع عنه
- (٣) وهو قول محمد رضى الله عنه - أفاده السرخسى
- (٤) وفى المبسوط : حتى حط الطالب بعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه

(٥) ونسخة المبسوط : لأنه كان مضطرا فى هذا الحط

(٦) لم يذكر السرخسى خلافا فى هذه المسألة

قال : وإذا باع الرجل الرجل بيعاً إلى العطاء ^(١) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : البيع فاسد . وكان ابن أبى لىلى يقول : البيع جائز والمسال حال . وكذلك قولهما فى كل مبيع إلى أجل لا يعرف ، فإن استهلكه المشتري فعليه القيمة فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، وإن حدث به عيب رده ورد ما نقصه العيب ، وإن كان قائماً بعينه فقال المشتري : لا أريد الأجل وأنا أنقد لك المال ، جاز ذلك له فى هذا كله فى قول أبى حنيفة . وبه نأخذ ^(٢)

باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها

قال أبو يوسف : وإذا اشترى الرجل ثمراً قبل أن يبلغ من أصناف الغلة كلها ^(٣) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : إذا لم يشترط ترك ذلك الثمر إلى أن يبلغ فإن البيع جائز ، ألا ترى أنه لو اشترى قصيلاً ^(٤) يقصله على دوابه قبل أن يبلغ كان ذلك جائزاً ؟ قال : ولو اشترى شيئاً من الطلع ^(٥) حين يخرج فقطعه كان جائزاً .

(١) وفى المبسوط ص ٢٧ ج ١٣ : وإن اشترى الرجل شيئاً إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جذاذ النخل أو رجوع الحاج ، فهذا كله باطل . بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما

(٢) وهو قول محمد رضى الله عنه

(٣) وفى المبسوط من أصناف الثمار كلها

(٤) قال فى المغرب : القصل : قطع الشيء ، ومنه : القصيل وهو الشعير يحز

أخضر لعلف الدواب . والفتهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلاً وهو مجاز

(٥) الطلع : ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق . وأطلع النخل :

خرج طلعه . والكم بالكسر والضم : غلاف الثمرة — مغرب

وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعليه أن يقطعه ، فإذا استأذن صاحبه في تركه فأذن له في ذلك فلا بأس بذلك . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لاخير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ . ولا بأس ^(٢) إذا اشترى شيئاً من ذلك قد بلغ أن يشترط على البائع تركه إلى أجل . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : لاخير في هذا الشرط

قال : وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل فيها حمل فلم يذكر النخل ولا الحمل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النخل للمشتري تبعاً للأرض والثمرة للبائع إلا أن يشترط المشتري . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من اشترى نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يستثنيه المشتري ^(٣) » . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : الثمرة للمشتري ^(٤)

قال : وإذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة ^(٥) من دار غير مقسومة أو عشرة أجرة ^(٦) من أرض غير مقسومة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان

(١) وبه أخذ محمد بن الحسن — أفاده السرخسى

(٢) وعبر في المبسوط عن هذه المسألة باللفظ الآتى : فإن كانت الثمار قد بلغت يعنى انتهى عظمها فاشترها بشرط الترك إلى أجل معلوم ، فالعقد فاسد عندنا . وقال ابن أبي ليلى : العقد صحيح

(٣) وقد مر الحديث قبل ذلك ومر تخريجه

(٤) هذه المسألة مكررة ، وقد مرت في أول الكتاب ليس بينهما فرق

إلا في بعض الألفاظ

(٥) قال الامام السرخسى : المكسرة : المعروفة من الذراع بين الناس ،

سميت مكسرة لأنها كسرت من ذراع الملك قبضة

(٦) الأجرة جمع الجريب وهو ستون ذراعاً في ستين . قال قدامة في كتاب

يقول في ذلك كله : البيع باطل ، ولا يجوز لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار ، وكم هو من الأرض ، وأين موضعه من الدار والأرض ؟ . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : هو جائز في البيع . وبه نأخذ^(١) . وإن كانت الدار لا تكون مائة ذراع ، فالمشترى بالخيار إن شاء ردها ، وإن شاء رجع بما نقصت الدار على البائع^(٢) في قول ابن أبي ليلى قال : وإن كانت الآجام^(٣) محظورة وقد حظر^(٤) فيها سمك فاشترى رجل

الخراج الأشد إذا ضرب في مثله فهو الجريب . والأشد طول ستين ذراعا والذراع ست قبضات ، والقبضة أربع أصابع ، قال : وعشر هذا الجريب يسمى قفيزاً ، وعشر هذا القفيز عشيراً فالقفيز عشرة أعشاء ، وهي خمسة وعشرون رطلاً - مغرب^(١) وبه أخذ الامام الرباني محمد بن الحسن الشيباني . أفاده في المبسوط

(٢) قال الامام السرخسي في مبسوطه ج ٢٠ ص ١٣٦ ثم إذا جاز العقد عندهم فإن كانت مائة ذراع فهي للمشتري ، وإن كانت مائتي ذراع فالمشترى يكون شريكاً بقدر مائة ذراع ، وإن كانت دون مائة ذراع فللمشتري أن يردها إن شاء لتغيير شرط العقد عليه وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن لأنه سمي جملة الثمن بمقابلة مائة ذراع ، فإذا لم يسلم له إلا خمسون ذراعاً لم يكن عليه إلا نصف الثمن . وهذا بخلاف ما لو اشترى الأرض على أنها مائة ذراع فوجدها خمسين ذراعاً واختار أخذها لزمه جميع الثمن ، لأن هناك الثمن بمقابلة العين ، وذكر الذراع على وجه بيان الصفة ، وهنا الثمن بمقابلة مسمى من الذراع هنا لبيان مقدار المعقود عليه ، فإذا لم يسلم له إلا نصف المسمى لا يلزمه إلا نصف الثمن ، كما لو اشترى عشرة أقدرة فوجدتها خمسة أقدرة

(٣) الأجمة : الشجر الملتف ، والجمع أجم وآجام . وقولهم : بيع السمك في الأجمة يريدون البطيخة التي هي منبت القصب أو اليراع - مغرب . والبطيخة : مسيل واسع فيه رمل ودقاق الحصى ، واليراع : واحد يراعة القصب ، والقصب التي ينفع فيها الراعي (٤) الحظر : المنع ، ومنه حظيرة الابل - مغرب

فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك . بلغنا عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر . وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وإبراهيم النخعى (١) . وبه نأخذ . وكان ابن أبى لیلی يقول فى هذا : شراؤه جائز لا بأس به . وكذلك بلغنا عن عمر ابن عبد العزيز (٢)

قال : وإذا حبس الرجل فى الدين وفلسه القاضى فباع فى السجن واشترى وأعتق أو تصدق بصدقة أو وهب هبة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله جائز ، ولا يباع شيء من ماله فى الدين ، وليس به

(١) أما حديث ابن مسعود فأخرجه البيهقى من طريق أحمد بن حنبل عن محمد بن سمالك عن يزيد بن أبى زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود مرفوعاً : « لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر » قال : فيه إرسال ، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله . ورواه أيضاً سفیان الثورى عن يزيد موقوفاً على عبد الله : أنه كره بيع السمك فى الماء . وأخرجه أبو يوسف فى الخراج عن يزيد عن المسيب عن عبد الله موقوفاً : « لا تبعوا السمك فى الماء فإنه غرر » . وأما حديث عمر رضى الله عنه فأخرجه هو أيضاً فى خراجه عن العلاء بن المسيب ابن رافع عن الحارث العكلی عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « لا تبعوا السمك فى الماء فإنه غرر » . وأما حديث إبراهيم فأخرجه محمد فى آثاره عن الامام عن حماد عنه أنه كان يكره بيع صيد الآجام وقصها

(٢) أخرجه أبو يوسف فى خراجه ومحمد فى آثاره عن الامام عن حماد قال : طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام ، فكتب إليه عمر أن لا بأس به وسماه الحبس وأخرجه أبو يوسف أيضاً بطريق آخر ، وأخرج جوازه عن على رضى الله عنه أيضاً

التفليس شيء، ألا ترى أن الرجل قد يفلس اليوم ويصيب غداً ما لا؟
 وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا عتقه ولا
 هبته ولا صدقته بعد التفليس، فيبيع ماله ويقضيه الغرماء. وقال أبو يوسف
 رحمه الله تعالى مثل قول ابن أبي ليلى ما خلا العتاقة في الحجر، وليس من
 قبيل التفليس ولا نجيز شيئاً سوى العتاقة من ذلك أبداً حتى يقضى دينه (١)
 قال: وإذا أعطى الرجل الرجل متاعاً يبيعه ولم يسم بالنقد ولا بالنسيئة
 فباعه بالنسيئة، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: هو جائز (٢). وبه
 نأخذ (٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمأمور ضامن لقيمة المتاع
 حتى يدفعه لرب المتاع، فإذا خرج الثمن من عند المشتري وفيه فضل عن
 القيمة، فإنه يرد ذلك الفضل على رب المتاع، وإن كان أقل من القيمة
 لم يضمن غير القيمة الماضية، ولم يرجع البائع على رب المتاع بشيء،
 والله تعالى أعلم

قال: وإذا اختلف البيعان فقال البائع: بعثك وأنا بالخيار، وقال المشتري:
 بعثني ولم يكن لك خيار، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: القول قول
 البائع مع يمينه (٤). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: القول قول
 المشتري. وبه نأخذ

(١) قلت: وبه قال محمد أيضاً كما ذكره السرخسي في مبسوطه ج ٣٠
 ص ١٣٧ قال: إلا أن عند أبي حنيفة لاسعاية على العبد، وعلى قول أبي يوسف
 ومحمد يلزمه السعاية في قيمته للغرماء. وهو بناء على مسألة الحجر بسبب الدين،
 وقد بينا ذلك في كتاب الحجر

(٢) زاد في المبسوط: ولا ضمان على البائع

(٣) وهو قول الامام محمد أيضاً — أفاده في المبسوط

(٤) كذا هنا وفي باب الخيار في البيع من المبسوط خلاف هذه المسألة قال:

قال : وإذا باع الرجل جارية بجارية وقبض كل واحد منهما ثم وجد أحدهما بالجارية التي قبض عينا ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يردها ويأخذ جاريته لأن البيع قد انتقض . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : يردها ويأخذ قيمتها صحيحة ، وكذلك قولها في جميع الرقيق والحيوان والعروض

قال : وإذا اشترى الرجل بيعاً (٢) لغيره بأمره فوجد به عيباً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يخاصم المشتري ولا نبألى أحضر الأمر أم لا ، ولا نكلف المشتري أن يحضر الأمر ، ولا نرى على المشتري يميناً إن قال البائع [إن] (٣) الأمر قد رضى بالعيب . وبه نأخذ (٤) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة التي بها العيب حتى يحضر الأمر فيحلف ما رضى بالعيب ، ولو كان غائباً بغير ذلك البلد . وكذلك الرجل معه مال مضاربة أتى بلاداً يتجر فيها بذلك المال ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ما اشترى من ذلك فوجد به عيباً فله أن يرده ولا يستحلف على رضا الأمر بالعيب . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لا يستطيع المشتري المضارب أن يرد شيئاً من ذلك حتى يحضر رب المال

« وإذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار فالقول قول الذى ينفيه منهما »
فالنافى هنا هو المشتري دون البائع ؛ ولم تذكر هذه المسألة في كتاب الاختلاف من المبسوط ، والله أعلم

(١) وهو قول محمد أيضاً كما في المبسوط

(٢) وفي المبسوط ذكرت هذه المسألة في ص ١٢٠ ج ١٣ وفرض المسألة في جارية

(٣) زيادة من المبسوط

(٤) وبه أخذ صاحبه أيضاً

فيحلف بالله مارضى بالعيب وإن لم ير المتاع وإن كان غائباً ، أرأيت ^(١) رجلاً أمر رجلاً فباع له متاعاً أو سلعة فوجد المشتري به عيباً أيخاصم البائع في ذلك أو نكلفه أن يحضر الأمر رب المتاع ؟ ألا ترى أن خصمه في هذا البائع ولا نكلفه أن يحضر الأمر ولا خصومة بينه وبينه ، فكذلك إذا أمره فاشترى له فهو مثل أمره بالبيع ، أرأيت لو اشترى متاعاً ولم يره أكان للمشتري الخيار إذا رآه أم لا يكون له خيار حتى يحضر الأمر ؟ أرأيت لو اشترى عبداً فرجده أعمى قبل أن يقبضه فقال : لا حاجة لي فيه ، أما كان له أن يرده بهذا حتى يحضر الأمر ؟ بلى له أن يرده ولا يحضر الأمر

قال : وإذا باع الرجل ثوباً مرابحة على شيء مسمى فباع المشتري الثوب ثم وجد البائع قد خانته في المراجعة وزاد عليه في المراجعة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع جائز لأنه قد باع الثوب ، ولو كان عنده الثوب كان له أن يرده ويأخذ ما نقد إن شاء ولا يحطه شيئاً . وكان ابن أبي ليلى يقول : تحط عنه تلك الخيانة وحصلتها من الريح . وبه نأخذ

قال : وإذا اشترى الرجل للرجل سلعة فظهر فيها عيب ^(٢) قبل أن ينقد الثمن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : له أن يردها إن أقام البيزة

(١) هذه الحجج حجاج للإمام أبي حنيفة أوردتها على ابن أبي ليلى إما أبو يوسف أو محمد ، فسقط ، والله أعلم ، عن الكتاب قبل قوله « أرأيت » شيء نحو قال محمد وكيف يتول ابن أبي ليلى : لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة أرأيت الخ فإذا قدر مثل هذه العبارة يستقيم سياق العبارة . بل ربما يكون سرد تلك الحجج من الإمام أبي حنيفة نفسه ، كما سيأتى نظير لذلك . والله أعلم

(٢) وفي نسخة المبسوط فطعن فيها بعيب

على العيب . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لا أقبل شهوداً (٢) على العيب حتى ينقد الثمن

قال : وإذا باع الرجل على ابنه وهو كبير داراً أو متاعاً من غير حاجة ولا عذر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك على ابنه . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يبعه عليه جائز

قال : وإذا باع الرجل متاعاً لرجل والرجل حاضر ساكت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك عليه ، وليس سكوته إقراراً بالبيع . وبه نأخذ (٤) . وكان ابن أبي ليلى يقول : سكوته إقرار بالبيع

قال : وإذا باع الرجل نصيباً من داره ولم يسم ثلثاً أو ربعاً أو نحو ذلك أو كذا وكذا سهماً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز البيع على هذا الوجه . وقال أبو يوسف رحمه الله : له الخيار إذا علم إن شاء أخذ وإن شاء ترك (٥) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : إذا كانت الدار

(١) وهو قول محمد — أفاده السرخسى

(٢) وفى نسخة المبسوط : لا تقبل شهادة شهود

(٣) وبه أخذ محمد أيضاً

(٤) وبه قال محمد

(٥) قال الامام السرخسى : فتمد بينا هذه المسألة بوجوهها فى آخر الشفعة ولكن هنا ذكر قول أبى يوسف وحده ، وأن البيع جائز إن لم يعلم المشتري بنصيب البائع وله الخيار إذا علم به ، وذكر هناك قول محمد مع أبى يوسف ، فعن محمد فيه روايتان . قلت : ومسألة الشفعة فى ص ١٨٣ ج ١٤ وقال هناك : قول محمد مضطرب فيه ، ذكره فى بعض النسخ مع أبى يوسف وفى البعض مع أبى حنيفة

بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع النصيب وإن لم يسم ، وإن كانت أسهما
كثيرة^(١) لم يجز حتى يسمى

قال : وإذا ختم الرجل على شراء ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : ليس ذلك بتسليم للبيع حتى يقول : سلمت . وبه نأخذ . وكان ابن
أبي ليلى رحمه الله يقول : ذلك تسليم للبيع

قال : وإذا بيع الرقيق والمتاع في عسكر الخوارج وهو متاع من متاع
المسلمين أو رقيق من رقيقهم^(٢) قد غلبوهم عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله
عنه كان يقول : لا يجوز^(٣) ويرد على أهله وبه نأخذ^(٤) . وكان ابن
أبي ليلى رحمه الله يقول : هو جائز . وإن كان المتاع قائما بعينه والرقيق قائما
بعينه وقتل الخوارج قبل أن يبيعوه رد على أهله في قلوبهم جميعاً

قال : وإذا باع الرجل المسلم الدابة من النصراني فادعاه نصراني
آخر^(٥) وأقام عليها بيعة من النصراني ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : لا تجوز شهادتهم ، من قبل أنه يرجع بذلك على المسلم^(٦) وكان ابن
أبي ليلى رحمه الله يقول : شهادتهم جائزة على النصراني ولا يرجع على المسلم
بشيء . وبه نأخذ^(٧)

(١) وفي المبسوط : سهاما كثيرة

(٢) وفي المبسوط وذلك من مال أهل العدل

(٣) وفي المبسوط لم يجز البيع

(٤) أى وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد أيضا

(٥) وفي نسخة المبسوط : فاستحقها نصراني من يد المشتري بيعة من النصراني

(٦) وهو قول محمد أيضا

(٧) قال الامام السرخسي : وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسألة

في كتاب الشهادات ، وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف

قال : وإذا باع الرجل بيعاً من بعض ورثته وهو مريض ، فإن أباحنيقة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز بيعه ذلك إذا مات من مرضه . وكان ابن أبي ليلى يقول : بيعه جائز بالقيمة . وبه نأخذ

قال : وإذا استهلك الرجل مالا لولده وولده كبير والرجل غنى ، فإن أباحنيقة رضى الله عنه كان يقول : هودين على الأب . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يكون له دين على أبيه ، وما استهلك أبوه من شيء لابنه فلا ضمان عليه فيه

قال : وإذا اشترى رجل جارية بعبد وزاد معها مائة درهم ثم وجد بالعبد عيباً وقد ماتت الجارية عند المشتري ، فإن أباحنيقة رضى الله عنه كان يقول : يرد العبد ويأخذ منه مائة درهم وقيمة الجارية صحيحة ، فإن كانت الجارية هي التي وجد بها العيب وقد مات العبد ، ردت الجارية وقسم قيمة العبد على المائة الدرهم وعلى قيمة الجارية فيكون له ما أصاب المائة الدرهم ويرد ما أصاب قيمة الجارية من قيمة العبد . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا : إن وجد بالعبد عيباً رده وأخذ قيمته صحيحاً . وكذلك الدراهم التي هي في يديه^(٢)

قال : وإذا اشترى الرجل ثوبين من رجل وقبضهما فهلك أحدهما ووجد بالثوب الآخر عيباً فأراد رده فاختلفا في قيمة الهالك ، فإن أباحنيقة رضى الله عنه كان يقول : القول قول البائع مع يمينه . وبه نأخذ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول المشتري

(١) وبه قال محمد أيضاً

(٢) وفي المبسوط : وكانت الدراهم للذى في يديه

(٣) وبه يأخذ الامام محمد أيضاً

باب المضاربة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أعطى الرجل الرجل ثوباً يبيعه على أن ما كان فيه من ربح فينبهما نصفان ، أو أعطاه داراً يبنها ويؤجرها على أن أجرتها بينهما نصفان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول في ذلك كله : فاسد ، وللذى باع أجر مثله على رب الثوب ولباني الدار أجر مثله على رب الدار . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو جائز والأجر والربح بينهما نصفان . وكان ابن أبي ليلى يجعل هذا بمنزلة الأرض للزراعة والنخل للعاملة

قال : وإذا كان مع الرجل مال مضاربة فإدانه ولم يأمره بذلك رب المال ولم ينهه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ضمان على المضارب ، وما ادان من ذلك فهو جائز . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : المضارب ضامن إلا أن يأتي بالبينة أن رب المال أذن له في النسيئة . ولو أقرضه قرضاً ضمن في قولهما جميعاً ، لأن القرض ليس من المضاربة . حدثنا أبو حنيفة عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري ^(٣) . عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه

(١) وهو قول محمد أيضاً . وهي مسألة باب المضاربة بالعروض ، نظيرها في ص ٣٥ ج ٢٢ من المبسوط

(٢) وبه قال الإمام محمد أيضاً ، وهي مسألة باب ما يجوز للمضارب في المضاربة من المبسوط ج ٢٢ ص ٣١ - ٣٩

(٣) كذا في الأصل . وأخرجه الحافظ طلحة من طريق الإمام أبي يوسف عن الإمام فقال عن عبد الله بن حميد بن عبيد الأنصاري عن أبيه عن جده أن عمر

أعطى مال يتيم مضاربة فكان يعمل به في العراق ولا يدرى كيف قاطعه على
الريح (١). حدثنا أبو حنيفة عن عبدالله بن علي (٢) عن العلاء بن عبدالرحمن

أعطاه مالا مضاربة ليتيم . وكذا أخرج ابن خسرو من طريق أبي عمرو بن
حبيب عن الامام . وأخرجه أبو يوسف في آثاره عن الامام عن حميد بن عبدالله
عن أبيه أن عمر — الحديث ، فسقط «ابن عبيد» . وكذا «عن جده» من أصل الآثار ،
والله أعلم . قال في تعجيل المنفعة : حميد بن عبيد الأنصاري الكوفي عن أبيه أن
عمر دفع إليه مالا مضاربة ، وعنه ابنه عبدالله ، وليث بن أبي سليم وثنه ابن حبان
قلت : سمى ابن حبان ابنه عبدالله بن عبدالرحمن . وذكر في ترجمة عبدالله بن حميد .
ذكره ابن حبان في الثقات . وذكره في ترجمة عبيد رواه عنه ابنه حميد . قلت :
ذكره ابن حبان في الثقات . قلت : وفي تهذيب التهذيب : عبدالله بن عبيد الأنصاري
روى عن سعيد بن جبير ، وعنه داود بن أبي هند . وقال أبو حاتم : عبدالله بن عبيد
الأنصاري قال : كتب إلى رجل من بني زريق في المتلاعنين . قلت : وكذا قال
البخاري . وذكر الخطيب أنه وهم قال : وإنما هو عبدالله بن عبيد بن عمير . بين
ذلك سفيان الثوري في روايته عن داود بن أبي هند هذا الحديث . قلت في الاسناد
قلب : إما عند طلحة وابن خسرو ، وإما عند أبي يوسف في كتابيه كما في التعجيل ،
ولعل الصواب ما ذكره دنا وفي الآثار ، وكما ذكره في التهذيب ، لأن محمداً روى
هذا الحديث في كتاب المضاربة من «الأصل» نحو ما رواه أبو يوسف ، والله
أعلم . وأخرجه ابن أبي شيبه بمثل سند طلحة وابن خسرو فقال : عن عبدالله بن
حميد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال يتيم مضاربة فطلب فيه
فأصاب فتأسمه الفضل — كنز العمال

(١) وفي رواية كتاب المضاربة زاد فعمل له بالعراق ، وكان يأتي الحجاز
فكان يقاسم عمر الريح

(٢) هو عبدالله بن علي أبو أيوب الافريقي الكوفي الأزرق . روى عن
صفوان بن سليم وعاصم بن بهدلة والزهرى وأبي إسحاق السبيعي وزيد بن أسلم

ابن يعقوب^(١) عن أبيه^(٢) أن عثمان بن عفان رضى الله عنه أعطى مالا مقارضة يعنى مضاربة^(٣) . حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن

وابن المنكدر وجماعة ، وعنه موسى بن عقبة من أقرانه ويحيى بن زكريا وعبد الرحيم بن سليمان ومروان بن معاوية ويزيد بن سنان وأبويوسف القاضى . ذكره ابن حبان فى الثقات . قال ابن معين : ليس به بأس . قلت : روى له أبو داود والترمذى — من تهذيب التهذيب . قلت : فوساطة الامام بينه وبين أبى يوسف لئلا يفسد الناسخ

(١) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقي ، أبو شبل المدنى مولى الحرقة من جهينة . روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأبى السائب ونعيم المجرم وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم ، وعنه ابنه شبل وابن جريج وعبيد الله بن عمر وابن اسحاق ومالك ومسلم الزنجى وشعبة والسفيانان وغيرهم . روى له الخمسة والبخارى فى جزئه . ذكره ابن حبان فى الثقات . وقال الواقدى : كان ثقة ، كثير الحديث . وقال النسائى : ليس به بأس ، وكذلك روى عن ابن معين . مات سنة ١٣٩ — من التهذيب

(٢) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجهنى المدنى . روى عن أبيه وأبى هريرة وأبى سعيد وابن عباس وابن عمر وهانىء مولى على ، وعنه ابنه العلاء وسالم أبو النضر ومحمد بن إبراهيم التيمى ومحمد بن عجلان ومحمد بن عمرو بن علقمة وعمر بن حفص بن ذكوان ، ذكره ابن حبان فى الثقات . وقال العجلي : تابعى ، ثقة . أخرج له الخمسة والبخارى فى جزء القراءة . قلت : أبوه يعقوب روى عن عمر وحذيفة ، وعنه ابنه والوليد بن الوليد — من التهذيب

(٣) أخرجه الامام محمد أيضاً فى كتاب المضاربة من «الأصل» . وأخرجه مالك أيضاً فى الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل فى مال لعثمان بن عفان على أن الربح بينهما . قلت : فعلم منه أن واسطة جده سقطت هنا . وجده يعقوب هو الذى عمل لسيدنا عثمان رضى الله عنه . وكذلك أخرجه البيهقى

عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أعطى زيد بن خليفة (١) مالا مقارضة (٢)

باب السلم

قال أبو يوسف : وإذا كان لرجل على رجل طعام أسلم إليه فيه فأخذ بعض طعامه وبعض رأس ماله ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز. بلغنا عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أنه قال : ذلك المعروف الحسن الجميل (٣) . وبه نأخذ (٤) . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا أخذ بعض رأس ماله فقد فسد السلم ويأخذ رأس ماله كله (٥)

(١) زيد بن خليفة اليشكرى ذكره ابن حبان في الثقات . وقال البخارى في تاريخه هو والد محمد . قال الشعبي : حدثني زيد بن خليفة أنه لقي هرم بن حيان العبدى وابن مسعود رضى الله عنهما

(٢) وأخرجه هو في آثاره أيضا والامام محمد أيضاً في المضاربة من « الأصل » وابن خسرو في مسنده من طريق الحسن بن زياد عنه مفصلاً

(٣) أخرجه الامام أبو يوسف في آثاره عن الامام عن أبي عمر عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس أنه قال في الرجل يأخذ بعض سلهه ويأخذ بعض رأس ماله فتمال : « لا بأس به ذلك المعروف الحسن الجميل » . وأخرجه الامام محمد في الآثار والحسن بن زياد في مسنده نحوه . وأخرجه ابن خسرو أيضاً من طريق الحسن . وأخرجه طلحة بالسند المذكور عن ابن عباس مرفوعاً « إذا أخذ الرجل بعض رأس المال وبعض سلهه فلا بأس به »

(٤) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسى في ص ١٣٠ ج ١٢ من المبسوط قال الامام السرخسى : وحجتنا في ذلك أن أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله في الكل جاز فكذلك إذا أقاله في البعض يجوز أيضاً كما في بيع العين

(٥) قلت : وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما كما ذكره السرخسى ، واستدل هو

قال : وإذا أسلم الرجل في اللحم ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول :
لاخير فيه لأنه غير معروف . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول :
لا بأس به . ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى وقال : إذا بين مواضع
اللحم فقال : أخاذ وجنوب ونحو هذا ، فهو جائز^(١)

بقوله عليه السلام « لا تأخذ إلا سلك أو رأس مالك » وتأويل الحديث أن النهى
عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه ، وإنما يكون ذلك عند الاستبدال
أفاده السرخسى

(١) قال الامام السرخسى في مبسوطه ج ١٢ ص ١٣٧ : ولا خير في السلم
في اللحم لأنه مختلف في قول أبي حنيفة ، ولا بأس به في قول ابن أبي ليلى . وقال
أبو يوسف ومحمد : إذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز .
وقيل لاختلاف بينهما وبين أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزان
ذلك ، وجوابهما فيما إذا بين منه موضعاً ، وأبو حنيفة يجوز ذلك . والأصح أن
الختلاف ثابت وأن عند أبي حنيفة لا يجوز السلم فيه وإن بين منه موضعاً
معلوم . وجه قولهما أنه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات ، وبيان
الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزناً ويجوز استقراضه وزناً ويجرى فيه
الربا بعلقة الوزن الخ . ولأبي حنيفة طريقتان : أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو
المتصود وعلى ما ليس بمتصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المتصود بتفاوت ما ليس
بمتصود منه ، ألا ترى أنه تجرى المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك ؟ فالمشتري
يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة ؛ والمنازعة بينهما لا ترتفع
ببيان الموضع وذكر الوزن ، بخلاف النوى الذى فى التمر فالمنازعة لا تجرى فى نزع
ذلك ، وكذلك العظم الذى فى الآلية . وعلى هذا الطريق إذا أسلم فى لحم منزوع
العظم يجوز عند أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع ، والطريق الآخر أن اللحم
يشتمل على السمن والهزال ، ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة ، وذلك يختلف
باختلاف فصول السنة ، وبقلة الكلاء وبكثرة الكلاء ، والسلم لا يكون إلا مؤجلاً

باب الشفعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : إذا تزوجت امرأة على شقص من دار ،
فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا شفعة في ذلك لأحد .
وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : للشفيع الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة
قيمة ذلك منه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : كيف يكون ذلك وليس هذا
شراء يكون فيه شفعة إنما هذا نكاح ؟ أرأيت لو طلقها قبل أن يدخل بها
كم للشفيع منها ، وبم يأخذ بالقيمة أو بالمهر ؟ وكذلك إذا اختلعت بشقص
من دار في قولهما جميعاً

فلا يدري أن عند حلول الحول على أى صفة تكون ؟ وهذه الجهالة لا ترتفع
بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض .
فالتعرض لا يكون إلا حالا ، وفي الحال صفة السمن والمزال معلومة ، وبخلاف
الشحم والآلية فالتفاوت فيها من حيث القلة والكثرة ، وبذكر الوزن يزول ذلك
وعلى هذا الطريق منزوع العظم (وغيره) سواء وهو الأصح
(١) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في باب المهور من كتاب النكاح من
مبسوط السرخسى ج ٥ ص ٧٨ قال : وعدنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة
مال بمال مطلق ، والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب
فلا تجب فيها الشفعة . وهذا لأن الشفع إنما يملك بمثل السبب الذى به تملك
المشتري ، فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك
السبب لافي إنشاء سبب آخر ، ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه
أخذه بعوض فكان سببا آخر غير السبب الذى تملك به المملك ، فكذلك هنا
المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفع كان شراء فكان سببا
آخر ، بخلاف ما إذا اشتراها بعبد فإن الشفع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء
بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل داراً وبنى فيها بناء ثم جاء الشفيع يطلبها بالشفعة، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: يأخذ الشفيع الدار ويأخذ صاحب البناء النقض. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يجعل الدار والبناء للشفيع ويجعل عليه قيمة البناء وثمان الدار الذى اشتراها به صاحب البناء وإلا فلا شفعة له^(٢)

قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً أو داراً، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لصاحب الشفعة الشفعة حين علم، فإن طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له. وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بالخيار ثلاثة أيام بعد عليه

(١) وبه يأخذ صاحبه

(٢) وفي المبسوط: وعلى قول ابن أبي ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطى الثمن وقيمة البناء إن شاء. وهو رواية عن أبي يوسف

(٣) قلت: وهو قول محمد أيضاً. والمسألة فى كتاب الشفعة من المبسوط ج ١٤ ص ١١٦ - ١١٧ قال: واستدل علماؤنا فى ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: «الشفعة لمن وثبها» وفى رواية: «الشفعة كمنشطة العقال إن أخذ بها ثبتت وإلا ذهبت» إلخ. قال: وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له. وفى هذا اللفظ إشارة إلى أن طلب الشفعة يترقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار السرخى. وذكر ابن رستم فى نوادره عن محمد أنه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفيعته، وعلى هذا عامة مشائخنا إلا أن هشاماً ذكر فى نوادره أنه إذا سكت هنية ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتناول سكوته، وكذلك إن قال كما سمع: سبحان الله، أو قال الله أكبر، أو قال: خلصنى الله من فلان، ثم طلب الشفعة، فهو على شفيعته. وكذلك إذا قال: بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها، بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته، وهو على حقه إذا طلب. وقال ابن أبي ليلى: إن طال

قال : وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري ونقده الثمن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : العهدة على المشتري الذى أخذ المال . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : العهدة على البائع لأن الشفعة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع

قال : وإذا كانت الشفعة لليتيم ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : له الشفعة . فإن كان له وصى أخذها بالشفعة ، وإن لم يكن له وصى كان على شفيعته إذا أدرك ، فإن لم يطلب الوصى الشفعة بعد علمه فليس لليتيم شفعة إذا أدرك . وكذلك الغلام إذا كان أبوه حياً . وبه نأخذ^(٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا شفعة للصغير

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الشفعة للشريك الذى لم يقاسم ، وهى بعده للشريك الذى قاسم والطريق واحدة بينهما وهى بعده للجار الملاصق . وإذا اجتمع الجيران وكان التصاقهم سواء ، فهم شركاء فى الشفعة^(٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول بقول أبى حنيفة حتى كتب أبو العباس أمير

إلى ثلاثة أيام فله الشفعة . وقال سفيان : له مهلة يوم من حين سمع . وقال شريك هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحا أو دلالة ، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له (١) وهو قول محمد أيضا . وهذه المسألة فى كتاب الشفعة من مبسوط السرخسى ج ١٤ ص ١٠١ قال : « وقال ابن أبى ليلى عهده على البائع فى الوجهين جميعا » أى أخذها من المشتري أو من البائع سواء عنده فى العهدة (٢) قال السرخسى : وعلى قول محمد وزفر له الشفعة إذا أدرك ، وهو قول ابن أبى ليلى . وقد بينهاها فى الشفعة

(٣) وهو قول صاحبيه . والمسألة فى ص ٩٤ ج ١٤ من المبسوط . قال : وهذا أى قول على وابن عباس قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجع إليه ابن أبى ليلى الخ ونحن أخذنا بقول عمر

المؤمنين ^(١) يأمره أن لا يقضى بالشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم ، فأخذ بذلك وكان لا يقضى إلا للشريك الذي لم يقاسم . وهذا قول أهل الحجاز . وكذلك بلغنا عن علي وابن عباس رضى الله عنهم

قال : وإذا اشترى الرجل الدار وسمى أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشفيع ثم علم بعد ذلك أنه أخذها بدون ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو على شفيعته ، لأنه إنما سلم بأكثر من الثمن . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول : لا شفعة له لأنه قد سلم ورضى . أخبرنا الحسن بن عمار ^(٣) عن الحكم ^(٤) عن مجاهد ^(٥) عن ابن عباس

(١) هو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس أبو العباس الملقب بالسفاح الهاشمي العباسي أول خلفاء بني العباس بويح في سنة ١٣٣ . ومات بالأنبار سنة ١٣٦ بالجدري وله ٣٣ سنة . ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر — من دول الاسلام

(٢) وهو قول صاحبه أيضاً . والمسألة في ص ١٠٥ من شفعة المبسوط ج ١٤ مبسوط مشروحة مدلة

(٣) الحسن بن عمار البجلي مولاهم الكوفي أبو محمد قاضي بغداد . روى عن ابن أبي مليكة والحكم ، وعنه السفينان والقطان وخلق . روى له أبو داود وابن ماجه والبخارى تعليقا . مات سنة ١٥٣

(٤) الحكم بن عتيبة بمشاة فوقية ثم تحتية مصغرا الكندي مولاهم ، أبو محمد وأبو عبد الله الكوفي ، أحد الأعلام . روى عن أبي جحيفة وعبد الله بن شداد وأبي وائل وابن أبي ليلى وخلق ، وعنه منصور والأعمش ومسعر وأبو حنيفة وشعبة وأبو عوانة وكثيرون . قال العجلي : ثقة ثبت ، من فقهاء أصحاب إبراهيم صاحب سنة واتباع . مات سنة ١١٥ عن خمس وستين سنة . قلت : روى له الستة وغيرهم

(٥) مجاهد بن جبر باسكان الموحدة مولى السائب أبو الحجاج المكي المقرئ

رضي الله عنهما وعن الحكم عن يحيى (١) عن علي رضي الله عنه أنهما قالوا :
« لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم » (٢) . أخبرنا الحجاج بن أرطاة (٣) عن عمرو
ابن شعيب (٤) عن عمرو بن الشريد (٥) عن أبيه قال : قال رسول الله صلى

الامام المفسر . روى عن ابن عباس وأبي هريرة وجابر وعائشة ، وقيل لم يسمع
منها ، وعنه عكرمة وعطاء وقتادة والحكم وأيوب وخلق ، وثمة ابن معين ،
وأبوزرعة . مات بمكة سنة اثنتين أو ثلاث ومائة وهو ساجد . ومولده سنة ٢١ .
قلت : هو من رواية الصحاح والسنن وغيرها من الكتب

(١) هو يحيى بن الجزار العرنى الكوفى ، لقبه زباني . روى عن علي وأبي بن
كعب وابن عباس والحسن بن علي وعائشة وأم سلمة ومسروق وابن أبي ليلى وابن
أخى زينب الثقفية ، وعنه الحكم وحبيب بن أبي ثابت وعمرو بن مرة وموسى بن
أبي عائشة وغيرهم . روى له الأربعة ومسلم . قال الجوزجاني : كان غاليلامفرطاً .
وقال أبوزرعة والنسائي وأبو حاتم : ثقة ، وذكره ابن حبان في الثقات . من التهذيب
(٢) وأخرجه الامام محمد أيضاً في كتاب الشفعة من «الأصل»

(٣) حجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعي الكوفى ، قاضى البصرة أحد الأعلام .
روى عن يحيى بن أبي كثير ولم يسمع منه والشعبي وعطاء وعكرمة ، وعنه منصور
شيخه وشعبة وعبدالرزاق . قلت : وأبو يوسف وخلق . قلت : روى له الخمسة
والبخارى فى الأدب . قال أبو حاتم : إذا قال حدثنا فهو صالح . لا يرتاب فى حفظه
وصدقه . مات سنة ١٤٧ — من الخلاصة

(٤) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمى ،
أبو إبراهيم المدنى ، نزيل الطائف . روى عن أبيه عن جده وطاوس وعن الربيع
بنت معوذ وطائفة ، وعنه عمرو بن دينار وقتادة والزهرى وأيوب وخلق . قال
التمطان : إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به . أخرج له الأربعة والبخارى
فى جزء قراءته . مات سنة ١١٨ — خلاصة

(٥) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفى أبو الوليد الطائفى . روى عن أبيه

الله عليه وسلم «الجار أحق بسقبة ما كان»^(١). أخبرنا أبو حنيفة عن أبي أمية^(٢) عن المسور بن مخرمة أو عن سعد بن مالك رضى الله عنهم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «الجار أحق بسقبة»^(٣)

وأبي رافع ، وعنه إبراهيم بن ميسرة وبكير بن الأشج ، وثقه العجلي . روى له الجنسية والترمذى فى الشمائل . قلت : وشريد بن سويد الثقفى شهد بيعة الرضوان ، له أحاديث ، انفرد له مسلم بحديثين . روى عنه ابنه عمرو وأبو سلمة بن عبد الرحمن — من الخلاصة

(١) أخرجه النسائى وابن ماجه والطحاوى عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن شريد عن أبيه ، ولفظه أن رجلا قال : يا رسول الله أَرْضَى لَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهَا شَرْكَ وَلَا قَسَمٌ إِلَّا لِلْجَوَارِ . فقال : «الجوار أحق بسقبة ما كان» وأخرجه البخارى عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع

(٢) هو عبد الكريم بن قيس أبى المخارق أبو أمية البصرى المعلم . روى عن أنس وعمر بن سعيد بن العاص وطاوس وحسان بن بلال وحبان بن جزء وعبد الله بن الحارث ونافع وأبى الزبير المكي ، وعنه عطاء ومجاهد وهما من شيوخه ومحمد بن إسحاق وابن جريج وأبو حنيفة وابن أبى ليلى ومالك ومحمد بن سلمة والثورى وإسرائيل وشريك وابن عينة . روى له البخارى تعليقا ومسلم متابعا والترمذى والنسائى وابن ماجه وأبو داود فى مسائل أحمد ، ضعفوه . مات سنة ١٣٦

(٣) قلت : وأخرجه الامام أبو يوسف فى آثاره أيضاً عن الامام عبد الكريم عن المسور عن أبي رافع : وأخرجه الامام محمد فى كتاب الشفعة من «الأصل» وفى كتاب «الحجة» وفى كتاب «الآثار» أيضا . وفيه عن رافع ، وأخرجه الحسن بن زياد أيضا عنه فى مسنده . وأخرجه أبو محمد الحارثى فى مسنده عن الامام بطرق كثيرة وبين صوابها من خطئها . وأخرجه الكلاعى

باب المزارعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أعطى الرجل الرجل أرضاً مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع أو أعطى نخلاً أو شجرة معاملة بالنصف ، أو أقل من ذلك أو أكثر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله باطل ^(١) لأنه استأجره بشيء مجهول . يقول : رأيت لو لم يخرج من

من طريق الوهبي وطلحة بن محمد والقاضي أبو بكر وابن خثرو في مسانيدهم عنه . قلت : وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع ، وكذلك الطحاوي عن ابن عيينة عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال : أتاني المسور بن مخزومة فوضع يده على أحد منكبي فقال : انطلق بنا إلى سعد ، فأتينا سعد بن أبي وقاص في داره فجاء أبو رافع فقال للسور : ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتين في داره ؟ فقال سعد : والله لا أزيدك على أربعائة دينار مقطعة أو منجمة . فقال : سبحان الله ! لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار نقداً ، ولولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الجار أحق بسقبه » ما بعته . قلت : واختلف فيه على الإمام والصحيح ما أخرجه أبو يوسف ، ومن أخرج مثله ، بين ذلك الحارثي . ورافع مولى سعد ، ورافع بن خديج وهم . والسقب : القرب ، والصاد لغة ، وهما مصدران : سقبت الدار ، وصقبت . والصاقب : القريب . ومعنى الحديث : الجار أحق بسقبه : أى أن الجار أحق بالشفعة إذا كان جاراً ملاصقاً . والباء من صلة أحق لا للتسيب — كذا في المغرب

(١) وحجة الإمام حديث جابر « نهى عن الخابرة والمحافلة والمزابنة » . أخرجه مسلم وحديث رافع بن خديج عند مسلم وغيره ، وحديث ثابت بن الضحاك « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة

ذلك شيء أليس كان عمله ذلك بغير أجر؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : ذلك كله جائز ، بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أعطى خيبر بالنصف فكانت كذلك حتى قبض ، وخلافة أبي بكر رضى الله عنه ، وعامة خلافة عمر رضى الله عنه ^(١) . وبه نأخذ . وإنما قياس هذا عندنا مع الأثر ، ألا ترى أن الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة بالنصف ولا بأس بذلك؟ وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعن عبد الله بن مسعود وعن عثمان بن عفان رضى الله عنهما أنهم أعطوا مالا مضاربة ^(٢) . وبلغنا عن سعد بن أبي وقاص ، وعن ابن مسعود رضى الله عنهما أنهما كانا يعطيان أرضهما بالربع والثلث ^(٣)

وقال : لا بأس بها » أخرجه مسلم . والخبرة هي المزارعة ومن شاء زيادة الاطلاع فليراجع مبسوط السرخسى ، فإنه أكثر في هذا الباب وجاء فيه بما لا مزيد عليه . وأخرج أحاديث الباب أصحاب السنن ، والبيهقى واستوعبها ^(١) قلت : أخرجه الشيخان والترمذى وابن ماجه من حديث ابن عمر ، والطحاوى من حديث ابن عمر وابن عباس وجابر رضى الله عنهم ، والبيهقى من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس رضى الله عنهم ^(٢) وقد مر ما رواه عنهم مع تخريج الآثار

^(٣) أخرج الطحاوى عن موسى بن طلحة قال : أقطع عثمان رضى الله عنه نفراً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عبد الله بن مسعود ، والزيير بن العوام ، وسعد ابن مالك ، وأسامة . فكان جارى منهم سعد بن مالك وابن مسعود يدفعان أرضهما بالثلث والرابع . وفى رواية عنه : أقطع عبد الله أرضاً وأقطع سعداً أرضاً ، وأقطع خباباً أرضاً ، وأقطع صهيباً أرضاً ، فكل جارى كانا يزارعان بالثلث والرابع . وأخرج عن عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعث يعلى بن

باب الدعوى والصلح

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا ادعى الرجل الدعوى قبل رجل في دار أودين أو غير ذلك فأنكر ذلك المدعى عليه الدعوى ثم صالحه من الدعوى وهو منكر لذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول في هذا جائز . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى لا يجيز الصلح على الإنكار . وكان أبو حنيفة يقول : كيف لا يجوز هذا وأجوز ما يكون الصلح على الإنكار ؟ وإذا وقع الإقرار لم يقع الصلح

قال : وإذا صالح الرجل الطالب عن المطلوب والمطلوب متغيب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الصلح جائز . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : الصلح مردود لأن المطلوب متغيب عن الطالب . وكذلك لو أخر عنه ديناً عليه وهو متغيب كان قولهما جميعاً على ما وصفت لك

قال : وإذا صالح الرجل الرجل^(١) أو باع بيعاً أو أقر بدين فأقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك كله جائز ولا أقبل منه بينة أنه أكرهه^(٢) . وبه نأخذ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى

منية إلى اليمين فأمره أن يعطيهم الأرض البيضاء على أنه إن كان البقر والبذر والحديد من عمر فله الثلثان ولهم الثلث ، وإن كان البقر والبذر والحديد منهم فلعمر الشطر ولهم الشطر ، وأمره أن يعطيهم النخل والسكرم على أن لعمر الثلثين ولهم الثلث . وأخرج عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال : كان أبو بكر الصديق رضى الله عنه يعطى الأرض على الشطر

(١) زاد السرخسى : عن صلح

(٢) وفي نسخة السرخسى : البينة بأنه أكرهه

(٣) كذا في الأصل والظاهر أنه من سهو الناسخ لأن قول أبي يوسف يأتي

يقول : أقبل البيئة على الإكراه وأرد ذلك عليه . وقال أبو يوسف ^(١) : إذا كان الإكراه في موضع أبطل فيه الدم قبلت البيئة على الإكراه . وتفسير ذلك أن رجلا لو شهر على رجل سيفاً فقال : لتقرن أو لأقتلنك فقال : أقبل منه البيئة على الإكراه وأبطل عنه ذلك الإقرار

قال : وإذا اختصم الرجلان إلى القاضى فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عند القاضى وقامت عليه بذلك بيئة وهو يجحد ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لإقرار لمن خاصم إلا عندى ، ولا صالح لهما إلا عندى قال : وإذا اصلح الرجلان على حكم يحكم بينهما فقضى بينهما بقضاء مخالف لرأى القاضى فارتفعا إلى ذلك القاضى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ينبغى لذلك القاضى أن يبطل حكمه ويستقبل الحكم بينهما . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : حكمه عليهما جائز

بعد ، أو اتفق هو معه في صورة واحدة كما بينه السرخسى ، واختلف في أخرى فبينه بقوله : وقال : أبو يوسف الخ

(١) وفي المبسوط : وقال أبو يوسف ومحمد الخ . قال وهذه تنبنى على ما بينا في كتاب الاكراه أن عند أبى حنيفة الاكراه إنما يتحقق من السلطان ، فاكراه الرعية ليس باكراه . وعندهما يتحقق الاكراه ممن يكون قادراً على إيقاع ما هدد به ، سلطاناً كان أو غيره ، فيقولان الثابت بالبيئة كالثابت بالمعينة ولو غائباً ، أو أكره من عامله على ذلك ، لم يمتنع نفوذه عند أبى حنيفة وعندهما يمتنع نفوذه فكذلك إذا ثبت بالبيئة إلا أن عندهما إنما تقبل البيئة على هذا إذا كان في موضعه بأن يتصور الاكراه من مثله له ، وعند ابن أبى ليلى تقبل بينته على ذلك على كل حال لأنه أثبت السبب المبطل للحقد أو للدفع بصفة الزوم بالبيئة ، والثابت بالبيئة كالثابت باتفاق الخصم .

ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع ، فكذلك إذا ثبت بالبيئة

(٢) وهذا متفق عليه عند علمائنا - أفاده السرخسى

باب الصدقة والهبة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت أو تركت له من مهرها ثم قالت : أكرهنى وجأت على ذلك بيينة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل بينتها وأمضى عايتها ما فعات من ذلك . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : أقبل بينتها على ذلك وأبطل ما صنعت (١)

قال : وإذا وهب الرجل هبة وقبضها الموهوب له وهى دار فبناها بناء وأعظم النفقة ، أو كانت جارية صغيرة فأصلحها أو صنعها حتى شبت وأدركت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يرجع الواهب فى شىء من ذلك ولا فى كل هبة زادت عند صاحبها خيرا ، ألا ترى أنه قد حدث فيها فى ملك الموهوبة له شىء لم يكن فى ملك الواهب ؟ أرأيت إن ولدت الجارية ولدا

(١) قلت : روى الامام محمد فى « الأصل » عن على رضى الله عنه قال : إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فإن شاءت رجعت فيها إذا هى ادعت أنه استكرهها ، وإن وهب هو لها شيئا فليس له أن يرجع فى الهبة . قال السرخسى فى ابتداء كتاب الهبة من مبسوطه بعدما نقل هذا الأثر : وليس مراده الفرق بينهما فى الرجوع بحكم الزوجية وإنما مراده أن الدعوى من المرأة أنها كانت مكرهة مسموع ، ومن الزوج لا ، لاعتبار الظاهر . فالظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها . والظاهر أن المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الإكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته ، وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لأن شرط صحة الهبة تمام الرضا والإكراه يعدم الرضا . قلت : وهذا دليل ابن أبى ليلى ولم يبين دليل الامام وصاحبيه ولا مذهبه

كان للواهب أن يرجع فيه ولم يهبه له ولم يملكه قط ؟ وبهذا نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : له أن يرجع في ذلك كله وفي الولد قال : وإذا وهب الرجل جارية لابنه ، وابنه كبير وهو في عياله ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز إلا أن يقبض . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا كان الولد في عيال أبيه وإن كان قد أدرك فهذه الهبة جائزة . وكذلك الرجل إذا وهب لامرأته قال : وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعاً وذلك المتاع مما يقسم فقبطاه جميعاً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز تلك الهبة إلا أن يقسم لكل واحد منهما منها حصته . وكان ابن أبي ليلى يقول : الهبة جائزة . وبه نأخذ (٣) . وإذا وهب اثنان لواحد وقبض فهو جائز . وقال أبو يوسف : هما سواء

(١) وهي متفق عليها بين علمائنا وهي مذكورة في المبسوط في كتاب الهبة ج ١٢ ص ٨٣ قال : وهذا إذا كان ما بنى بحيث يعد زيادة ، فإن كان لا يعد زيادة كالآرى أو يعد نتصانا كالنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه . وفي المغرب : الآرى : هو المعلن عند العامة ، وهو مراد الفقهاء . وتستعار الأوارى بالمكان لما يتخذ في الحوانيت من تلك الأحياز للجرب وغيرها كما يستعار بجياض الماء في الحمام . والكاشانة : الطرز وقيل : بيت الصيف . بالفارسية كالقيطون الصيفي عندنا

(٢) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في ص ٥١ ج ١٢ في كتاب الهبة من المبسوط . واستدل فقال : لأنه لا بد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وإن كان يعولهم ، ألا ترى أن الغنى يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لآتم ذلك إلا بالاعلام ما لم يسلمه إليه ؟ وذكرت المسألة في ص ٦١ أيضاً من هذا المجلد

(٣) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في ص ٦٧ ج ١٢ من المبسوط .

قال : وإذا كانت الدار لرجلين فوهب أحدهما حصته لصاحبه ولم يقسمه له ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الهبة فى هذا باطلة ولا تجوز . وبه نأخذ ^(١) . ومن حجته فى ذلك أنه قال : لا تجوز الهبة إلا مقسومة معلومة مقبوضة . بلغنا عن أبى بكر رضى الله عنه « أنه نحل ^(٢) عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها جذاذ عشرين وسقا ^(٣) من نخل له بالعالية ^(٤) فلما حضره الموت قال لعائشة : إنك لم تكونى قبضته وإنما هو مال الوارث ^(٥)

(١) والمسألة متفق عليها وهى فى ص ٦٩ ج ١٢ من المبسوط

(٢) فى المغرب : نخله كذا : أى أعطاه بطيبة من نفسه من غير عوض ، ومنه حديث أبى بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة رضى الله عنها الخ والنخل والنعلة : العطية

(٣) الجذاذ بضم الجيم وبكسرهما وبمعجمتين وبمهملتين : ما قطع من الشئ . قال الزرقانى : هو صفة للثمر من جذ إذا قطع . يعنى أن ذلك يجذ منها . وقال الأصمعى : هذه أرض جاد مائة وسق أى يجذ ذلك منها . فهو صفة النخل التى وهبها ثمرتها ، يريد نخلًا يجذ منها عشرون وسقا ، والوسق ستون صاعا

(٤) قال المولى على القارى : أى بتمرية من العوالى حول المدينة

(٥) قلت : أخرجه الامام محمد فى « الأصل » والامام مالك فى « الموطأ » . عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : إن أبا بكر كان نخلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أعز على فقرا منك ، وإنى كنت نخلتك من مالى جذاذ عشرين وسقا ، فلو كنت جذذت به واحتزته كان لك ، فأنما اليوم مال وارث ، وإنما هو أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله . قالت : يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هى أسماء فمن الأخرى ؟ قال : ذو بطن خارجة أراها جارية ، فولدت جارية . وكذلك أخرجه الطحاوى

فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته . وكان إبراهيم يقول : لا تجوز الهبة إلا مقبوضة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا كانت الدار بين رجلين فوهب أحدهما لصاحبه نصيبه فهذا قبض منه للهبة ، وهذه معلومة وهذه جائزة . وإذا وهب الرجلان داراً لرجل فقبضها فهو جائز في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، ولا يفسد الهبة أنها كانت لاثنتين . وبه نأخذ قال : وإذا وهب الرجل للرجل الهبة وقبضها داراً أو أرضاً ثم عوضه بعد ذلك منها عوضاً وقبض الواهب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز ولا يكون فيه شفعة . وبه نأخذ ^(١) . وليس هذا بمنزلة الشراء . وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا بمنزلة الشراء ويأخذ الشفيع بالشفعة بقيمة العوض . ولا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة بعد العوض في قولها جميعاً

قال : وإذا وهب الرجل للرجل هبة في مرضه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الهبة في هذا باطلة لا تجوز . وبه نأخذ . قال : ولا تكون له وصية إلا أن يكون ذلك

وقال فيه : بالغابة . وأخرجه عن حفص بن غياث عن الأعمش عن شقيق عن مسروق : كان أبو بكر الصديق قد أعطى عائشة نحلي ، فلما مرض قال لها : اجعليه في الميراث . وأخرجه البيهقي عن طريق مالك ويونس بن يزيد بسند الموطأ والطحاوى ولفظهما ، ومن طريق عبد الله بن عمر عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة ، ومن طريق حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم عن عائشة رضى الله عنها

(١) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في باب الشفعة في الهبة من المجلد ١٤

في ذكر وصيته^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول : هي جائزة من الثلث . حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح^(٢) عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة^(٣) » حدثنا الأعمش^(٤) عن إبراهيم^(٥)

(١) والمسألة متفق عليها عند أصحابنا وهي في ص ١٠٢ من المجلد ١٢ من المبسوط
(٢) عطاء بن أبي رباح القرشي مولا هم الجندى اليماني نزىل مكة ، أحد الفقهاء والأئمة . روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلًا ، وعن أسامة وعائشة وأبي هريرة وأم سلمة وعروة وطائفة . وعنه أيوب وحبيب وجعفر بن محمد وجريز وابن جريج . كان ثقة ، عالما ، كثير الحديث ، انتهت إليه الفتوى بمكة . وهو من رواة الستة . مات سنة ١١٤

(٣) قال البيهقي : وروينا عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا : لا تجوز الصدقة حتى تقبض ، وعن معاذ وشریح أنهما كانا لا يجيزانها حتى تقبض . وأخرج عن يحيى بن يعمر عن أبي موسى عن عمر « الانحال ميراث ما لم يقبض » وحديث أبي بكر في نحلة التمر يدل على ذلك

(٤) هو سليمان بن مهران أبو محمد الكاهلي مولا هم الكوفي ، أحد الأعلام الحفاظ والقراء . رأى أنسًا ، وروى عن ابن أبي أوفى وعكرمة وزيد بن وهب وأبي وائل وإبراهيم النخعي والتميمي والشعبي وخلق . وعنه أبو إسحاق والحكم من شيوخه وسليمان التيمي من أقرانه وسفيان وشعبة وزائدة ووکیع وخلق . مات سنة ١٤٨ عن أربع وثمانين سنة . قلت : هو من رواة الستة والأثبات الحفاظ العدول

(٥) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه ، يرسل كثيرا ، وروى عن علمة والأسود وهمام بن الحارث وأبي عبيدة بن عبد الله ومسروق وأبي وائل وعائشة أم المؤمنين ، وقيل مرسل عنها . وعنه الحكم ومنصور والأعمش وابن عون وزيد وحماد وخلق . روى له الستة . كان لا يتكلم إلا إذا سئل . قال المغيرة : كنا نهابه كما يهاب الأمير ، كان يتوقى الشهرة ولا يجلس إلى الأسطوانة قال ابن معين : مراسيل إبراهيم أحب إلى من مراسيل الشعبي . قال ابن عبد البر :

قال : « الصدقة إذا علمت جازت ، والهبة لا تجوز إلا مقبوضة ^(١) » . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يأخذ بقول ابن عباس رضى الله عنهما فى الصدقة . وهو قول أبى يوسف رضى الله عنه

باب فى الودیعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا استودع الرجل رجلا وديعة فقال المستودع : أمرتني أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه ، [وقال رب الوديعة : كذبت لم آمرك] ^(٢) قال أبو حنيفة رضى الله عنه : فالقول ^(٣) قول رب

« كل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول ، فإسرائيل سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وإبراهيم النخعي عندهم صحاح » وذكر بعد ذلك كلام إبراهيم النخعي الذى خرج الترمذى فى العلل من جامعه وهو أن الأعمش قال : « قلت لإبراهيم النخعي أسند لى عن عبد الله بن مسعود ، فقال إبراهيم : إذا حدثك عن رجل عن عبد الله فهو الذى سميت ، وإذا قلت قال عبد الله فهو عن غير واحد عن عبد الله . ثم قال ابن عبد البر : إلى هذا نزاع من أصحابنا من زعم أن مرسل الامام (يعنى مالكا) أولى من مسنده لأن فى هذا الخبر ما يدل على أن مراسيل النخعي أقوى من مسانيد ، وهو لعمرى كذلك إلا أن إبراهيم ليس بمعيار على غيره » نقله ابن رجب فى شرح علل الترمذى . قال الشعبي : مات إبراهيم بعده أعلم منه . مات سنة ٩٦ وقيل ٩٥ وولد سنة ٥٠ وقيل ٤٧ رضى الله عنه

(١) وأخرجه فى الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم وعن الامام عن الهيثم عن شريح مثله

(٢) زيادة من كتاب الوديعة من «الأصل»

(٣) وفى بعض نسخ «الأصل» فى كتاب الوديعة : فإن أبا حنيفة كان يقول : القول ، والباقي سواء

الوديعة ، والمستودع ضامن . وبهذا نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول :
القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين

قال : وإذا استودع الرجل الرجل وديعة فجاء آخر يدعيها معه ، فقال
المستودع : لا أدري أيكما استودعني هذه الوديعة ؟ وأبى أن يحلف لها وليس
لواحد منهما بينة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يعطيها تلك
الوديعة بينهما نصفين ويضمن لها أخرى مثلها بينهما ، لأنه أتلف ما استودع
بجهالته^(٢) ألا ترى أنه لو قال : هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا
كان عليه أن يدفع الوديعة إلى الذى أقر له بها أولاً ويضمن للآخر مثل
ذلك^(٣) ؟ لأن قوله أتلفه ، وكذلك الأول إنما أتلفه هو بجهله . وبهذا
نأخذ^(٤) . وكان ابن أبي ليلى يقول فى الأول : ليس عليه شيء والوديعة
والمضاربة بينهما نصفان^(٥)

قال : وإذا استودع الرجل وديعة فاستودعها المستودع غيره [فى غير
عياله]^(٦) فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن لأنه خالف .
وبهذا نأخذ^(٧) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا ضمان عليه

(١) وفى بعض نسخ « الأصل » وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد

(٢) وفى نسخة بجهله

(٣) وفى نسخة مثلها

(٤) وفى نسخة « الأصل » وبه أخذ أبو يوسف ومحمد

(٥) كذا فى الأصل . وفى بعض نسخ كتاب الوديعة من « الأصل » : والوديعة
بينهما ، وهو الصواب ، فلعل لفظ المضاربة أدرجه الناسخ سهواً

(٦) زيادة من « الأصل »

(٧) وفى بعض نسخ كتاب الوديعة : وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزاد بعده :

وقال أبو حنيفة : لا يضمن الآخر إن هلك الوديعة عنده . وقال أبو يوسف

قال : وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبلة وديعة^(١) بغير عينا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالخصص . وبهذا نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو للغرماء وليس لصاحب الوديعة شيء لأن الوديعة شيء مجهول ليس بشيء بعينه^(٣) . وقال أبو حنيفة : فان كانت الوديعة بعينها فهي لصاحب الوديعة إذا علم ذلك ، وكذلك قال ابن أبي ليلى . حدثنا أبو حنيفة عن حماد^(٤) عن إبراهيم أنه قال في الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين : إنهم يتحاصون الغرماء وأصحاب الوديعة^(٥) . حدثنا الحجاج بن أرطاة عن أبي جعفر^(٦) ، وعطاء مثل ذلك . حدثنا الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله

ومحمد : لرب الوديعة أن يضمن الآخر ، فان ضمنه يرجع على الأول ، وإن ضمن الأول لم يرجع على الآخر

(١) وفي نسخة « الأصل » وعنده وديعة

(٢) وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد — « الأصل »

(٣) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة : لأن الوديعة مجهولة وليست

بشيء بعينه

(٤) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري ، أبو إسماعيل السكوني الفقيه . روى عن أنس وأبي وائل وإبراهيم النخعي وخلق . وعنه ابنه إسماعيل ومغيرة وأبو حنيفة ومسعود وشعبة ، وتفقهوا به . روى له الخمسة ، والبخارى علق له قوله ، وأخرج عنه في الأدب . وثقه النسائي وغيره . مات سنة ١٢٠

(٥) وأخرجه في الآثار أيضا ولفظه أنه قال في المضاربة والوديعة والدين سواء في مال الميت يتحاصون جميعا . وأخرجه الامام محمد أيضا في آثاره وزاد في آخره : إذا لم تعرفا بأعيانها المضاربة والوديعة . قال : وبه نأخذ ، وهو قول أبي حنيفة

(٦) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الامام المشهور بالباقر

باب في الرهن

قال أبو يوسف: ولو ارتهن الرجل رهناً فوضعه على يدي عدل برضا صاحبه فهلك من عند العدل وقيمته والدين سواء، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: الرهن بما فيه وقد بطل الدين. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله لأنه لم يسكن في يدي المرتهن إنما كان موضوعاً على يدي غيره

قال: وإذا مات الراهن وعليه دين والرهن على يدي عدل، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: المرتهن أحق بهذا الرهن من الغرماء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الرهن بين الغرماء والمرتهن بالخصص على قدر أموالهم (٢)، وإذا كان الرهن في يدي المرتهن فهو أحق به من الغرماء وقولهما جميعاً فيه واحد

قال: وإذا رهن الرجل الرجل داراً ثم استحق منها شقص وقد قبضها المرتهن، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: الرهن باطل لا يجوز. وبهذا نأخذ (٣) حفظي عنه في كل رهن فاسد وقع فاسداً فصاحب المال أحق به حتى يستوفي ماله يباع لدينه. وكان ابن أبي ليلى يقول: ما بقي من الدار فهو

أبو جعفر الهاشمي المدني. روى عن أبيه وأبي سعيد وجابر وابن عمر وطائفة. وعنه جعفر والزهرى ومخول بن راشد وخلق. وروى له الستة. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث. توفي سنة ١١٤

(١) والمسألة متفق عليها، وهي في كتاب الرهن ص ٧٧ ج ٢١ من

مبسوط السرخسي

(٢) والمسألة في ص ٧٨ ج ٢١ من مبسوط السرخسي

(٣) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في ص ٧١ ج ٢١ من المبسوط

رهن بالحق . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : وكيف يكون ذلك وإنما كان رهنه نصيباً غير مقسوم ؟

قال : وإذا وضع الرجل الرهن على يدى عدل وسلطه على بيعه عند محل الأجل ثم مات الراهن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : للعدل أن يبيع الرهن ، ولو كان موت الراهن يبطل بيعه لأبطل الرهن . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس له أن يبيع وقد بطل الرهن وصار بين الغرماء ، وللمسلط أن يبيعه فى مرض الراهن ويكون للمرتهن خاصة فى قياس قوله

قال : وإذا ارتهن الرجل داراً ثم أجزها باذن الراهن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : قد خرجت من الرهن حين أذن له أن يؤجزها وصارت بمنزلة العارية . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : هى رهن على حالها والغلة للمرتهن قضاء من حقه

باب الحوالة والكفالة فى الدين

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان لرجل على رجل دين فكفل له به عنه رجل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : للطالب أن يأخذ أيهما شاء ، فإن كانت حوالة لم يكن له أن يأخذ الذى أحاله لأنه قد أبرأه . وبهذا نأخذ ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس له أن يأخذ الذى عليه الأصل فيهما جميعاً لأنه حيث قبل منه الكفيل فقد أبرأه من المال

(١) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة فى ص ٨٠ ج ٢١ من المبسوط

(٢) وهى متفق عليها بين أصحابنا . وذكرت فى باب رهن الحيوان من المبسوط

مع اختلاف ابن أبي ليلى فى ص ١٠٨ ج ٢١

(٣) وهذه المسألة فى كتاب الكفالة فى ص ١٢٦ ج ٢٠ باب الكفالة

إلا أن يكون المال قد توى قبل الكفيل فيرجع به على الذى عليه الأصل ، وإن كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه كان له أن يأخذ أيهما شاء فى قولهما جميعا

قال : وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلا بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك آخر بنفسه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هما كفيلان جميعا . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : قد برىء الكفيل الأول حين أخذ الكفيل الآخر^(٢)

قال : وإذا كفّل الرجل للرجل بدين غير مسمى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو له ضامن . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يجوز عليه الضمان فى ذلك لأنه ضمن شيئا مجهولا غير مسمى ، وهو أن يقول الرجل للرجل : أضمن ما قضى لك به القاضى عليه من شيء وما كان لك عليه من حق وما شهد لك به الشهود ، وما أشبه هذا ، فهو مجهول^(٣)

بالأعيان ، وهى متفق عليها بين أصحابنا . وذكرها السرخسى فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى من كتابه أيضا فى ج ٣٠ ص ١٤٦

(١) وهو قول محمد أيضا ، أفاده سياق قول السرخسى حيث لم يذكر خلافاً ،
(٢) قال السرخسى فى ص ١٧٠ ج ١٩ من مبسوطه محتجاً لابن أبى ليلى :
لأن الطالب يصير مغرضاً عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر ، وهذا فاسد فانه يأخذ الكفيل الثانى بقصد زيادة التوثيق فلا يصير مبرئاً للكفيل الأول . ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الاحضار ولا يبعد أن يكون إحضار شيء واحد مستحقاً على شخصين

(٣) قال السرخسى : ولكننا نقول : الجهالة لا تمنع صحة الالتزام ولكنها جهالة تفضى إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضى إلى تمكن المنازعة ، فإن الطالب لا يطالب الكفيل إلا بما ثبت له على الأصل ، ولا تتمكن المنازعة بعد ما ثبت له الحق

قال : وإذا ضمن الرجل دين ميت بعد موته وسماه ولم يترك الميت وفاء ولا شيئاً ولا قليلاً ولا كثيراً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ضمان على الكفيل لأن الدين قد توى . وكان ابن أبي ليلى يقول : الكفيل ضامن . وبه نأخذ ^(١) . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن ترك شيئاً ضمن الكفيل بقدر ماترك ، وإن كان ترك وفاء فهو ضامن لجميع ما تكفل به قال : وإذا كفّل العبد المأذون له فى التجارة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : كفالته باطلة لأنها معروف وليس يجوز له المعروف . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : كفالته جائزة لأنها من التجارة ^(٢) وإذا أفلس المحتال عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يرجع على الذى أحاله حتى يموت المحتال عليه ولا يترك مالا ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى

على الأصيل بالحجة أو بعد ما قضى القاضى به عليه . ثم الالتزام بالكفالة بمنزلة الالتزام بالاقرار فإنه ليس بمقابلة عوض يجب للكفيل على الطالب ، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فكذلك جهالة المكفول به

(١) قال : السرخسى فى ص ١٤٧ ج ٣٠ ثم ذكر مسألة الكفالة عن الميت المفلس وبيننا أن قول ابن أبي ليلى فيه كقول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى (٢) قال السرخسى : ولكننا نقول : لاتصح كفالة المأذون فى حالة رقه لأن الحاجز وهو الرق قائم وإنما انفك الحجز عنه بالاذن فيما هو تجارة أو من توابع التجارة والكفالة ليست بهذه الصفة فإن التجار يتحرزون عن الكفالة غاية التحرز ؛ لهذا قيل : « الكفالة أولها ملامة ، وأوسطها ندامة ، وآخرها غرامة » فبقي محجوراً عنه على ما كان قبل الاذن ، ثم الكفالة بمنزلة الاقراض فإنه تبرع فى الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع كما أن المقرض تبرع بأداء المال وإن كان له حق الرجوع فى المال ، والعبد المأذون لا يملك الاقراض فى حق مولاه فكذلك الكفالة

(٣) قال السرخسى فى ص ٤٧ ج ٢٠ من مبسوطه : وحجتنا فى ذلك

رحمه الله يقول : له أن يرجع إذا أفلس . وبهذا نأخذ (١)
 قال : وإذا وكل الرجل رجلا في شيء فأراد الوكيل أن يوكل بذلك
 غيره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس له ذلك إلا أن يكون
 صاحبه أمره أن يوكل بذلك غيره . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى
 يقول : له أن يوكل غيره إذا أراد أن يغيب أو مرض ، فأما إذا كان صحيحا
 حاضرا فلا . قال أبو حنيفة : وكيف يكون له أن يوكل غيره ولم يرض صاحبه
 بخصومة غيره وإنما رضى بخصومته ؟ !

حديث عثمان رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه يموت مفلسا قال : يعود
 الدين إلى ذمة المحيل ، لا توى على مال امرئ مسلم . والمعنى فيه أن هذه براءة بالنقل
 فإذا لم يسلم له حقه من المحيل الذى انتقل إليه يعود حقه إلى المحل الذى انتقل حقه
 عنه ، كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين

(١) قال فى المبسوط ص ٤٧ ج ٢٠ : وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما
 الله يقول بأن الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال إليه بحال . وقال
 فى ص ١٤٨ ج ٣٠ : وهو بناء على ما سبق أن عند ابن أبى ليلى التفليس
 والحجر يتحقق وقوله فيه كقولهما أو أبلغ منه ، لأن عنده بعد التفليس والحبس
 لا ينفذ عتق المديون فى عبده فتحقق التوى بالتفليس على قوله . وإذا توى المال على
 المحتال عليه كان للطالب أن يرجع على المحيل لقوله عليه السلام « لا توى على مال
 امرئ مسلم » فأما على قول أبى حنيفة التوى لا يتحقق لأن التوى أن يهلك عين
 الشيء أو محله الذى كان قائما به ، والدين لا يتصور هلاكه حقيقة ومحله قائم بعد
 الافلاس ببقاء الذمة محلا صالحا لالتزام الحقوق ، وإنما يتأخر الاستيفاء بالافلاس
 وهذا تأخير يزول ساعة فساعة لأن المال غاد وواثق ، بخلاف ما إذا مات فان
 محل الدين خرج من أن يكون صالحا لالتزام الحقوق ، وإنما يتأخر الاستيفاء
 فى أحكام الدنيا ، بخلاف ما لو وجد وحلف ، لأن الدين هناك صار تأويا حكما حتى
 انقطع طريق الوصول إليه عن يئنة أو إقرار الخصم
 (٢) وهو قول محمد أيضا — أفاده السرخسي

قال : وإذا وكل رجل رجلاً بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضى ثم أقر على صاحبه الذى وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذى يخاصمه أقر به عند القاضى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إقراره جائز . قال محمد : وبه نأخذ . وإن أقر عند غير القاضى وشهد عليه الشهود ، فأقراره باطل ويخرج من الخصومة . وقال أبو يوسف : إقراره عند القاضى وعند غيره جائز عليه ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : إقراره باطل

قال : وإذا وكل رجل رجلاً فى قصاص أو حد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تقبل فى ذلك وكالة ^(٢) . وبه نأخذ . وروى أبو يوسف أن أبا حنيفة قال : أقبل من الوكيل البينة فى الدعوى فى الحد والقصاص ولا أقيم الحد ولا القصاص حتى يحضر المدعى . وقال أبو يوسف : لا أقبل البينة إلا من المدعى ولا أقبل فى ذلك وكيلاً . وكان ابن أبى ليلى يقول : تقبل فى ذلك الوكالة

قال : وإذا كانت فى يدى رجل دار فادعاه رجل فقال الذى هو فى يديه وكلنى بها فلان لرجل غائب أقوم له عليها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أصدقه إلا أن يأتى على ذلك بينة وأجعله خصماً . وبه نأخذ ^(٣)

(١) وهذا قوله الأول ثم رجع فقال : يصح إقراره فى مجلس القاضى ، وفى غير مجلس القاضى إقراره باطل . والمسألة فى ص ٤ ج ١٩ من المبسوط
(٢) قال فى المبسوط ص ٩ ج ١٩ : والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فإن التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق

(٣) وبه قال الامام محمد أيضاً . والمسألة فى كتاب الدعوى ص ٣٧ ج ١٧ من المبسوط ، ولفظه : ولو ادعى عينا فى يد رجل أنه له وقال الذى هو فى يديه : أودعنيه فلان أو أعارنيه أو وكلنى بحفظه ، لم يخرج من خصومة المدعى إلا أن يقيم

وقال أبو يوسف رحمه الله بعد : إن كان متهما أيضا لم أقبل منه بيعة وجعلته خصما إلا أن يأتي بشهود أعرفهم . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقبل منه وأصدقه ولا نجعل بينهما خصومة . وكان ابن أبي ليلى بعد ذلك يقول : إذا اتهمته سألته البيعة على الوكالة فإن لم يقم البيعة جعلته خصما

قال : وإذا كان للرجل على الرجل مال فجاء رجل فتمال : قد وكلني بقبضه منك فلان ، فقال الذي عليه المال : صدقت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أجبره على أن يعطيه إياه ، وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى

البيعة على ما قال عندنا ، قال : ولنا أن هذه البيعة تثبت أمرين : أحدهما الملك للغائب والحاظر ليس بخصم فيه ، والثاني دفع خصومة المدعى عنه وهو خصم في ذلك فكانت متمبولة فيما وجدت فيكون خصما فيه الخ . قال : وعن أبي يوسف إن كان ذواليد رجلا معروفا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه بأقامة البيعة ، وإن كان صالحا تندفع الخصومة عنه . رجع إلى هذا حين ابتلى بالتضاء وعرف أحوال الناس فقال : قد يحتمل المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراء ، ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البيعة على أنه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه ، وممة صوده من ذلك الاضرار بالمدعى ليتعذر عليه إثبات حقه بالبيعة فلا تندفع الخصومة عنه إذا كان متهما بمثل هذه الحيلة ، قال السرخسي : فإن شهد شهود ذى اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تندفع الخصومة عنه ، فلعل ذلك الرجل هو الذى حضر ينازعه ، وليس فى هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة الخ . قال : وإن قال الشهود : أودعه رجل نعرفه بوجهه إذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فعلى قول محمد لا تندفع الخصومة عنه ، وعند أبي حنيفة تندفع الخصومة عنه — ذكره فى الجامع ثم ذكر حجتهما . فان شئت زيادة فراجعه

(١) قال فى المبسوط ص ٨٦ ج ١٩ باب الوكالة فى الدين : وإن أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال إليه ، فإن التقاضى يقضى عليه بالمال لو كبل على ما بينا أن المديون يقضى الدين بملك نفسه ، وهو إنما أقر بثبوت حق القبض له فى ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول لا يجبره القاضى

يقول : لا أجبره على ذلك إلا أن يقيم بيّنة عليه وأقول : أنت أعلم فإن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه

قال : وإذا وكل الرجل رجلاً في شيء ، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : لا تثبت وكالته إلا أن يأتى معه بخصم . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : تقبل بيّنته على الوكالة ونثبتها له وليس معه خصم . وقد كان أبو يوسف رحمه الله إذا جاءه رجل قد عرفه يريد أن يغيب فقال : هذا وكيلى فى كل حق لى يخاصم فيه ، قبل ذلك وأثبت وكالته ، وإذا تغيب الخصم وكل له وكيلًا وقضى عليه

قال : وإذا وكل رجل رجلاً بكل قليل وكثير ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز بيعه لأنه لم يوكله بالبيع إلا أن يقول : ما صنعت من شيء فهو جائز . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا وكاه فى كل قليل وكثير فباع داراً أو غير ذلك كان جائزاً

على الدفع إليه ولكن يقول له : أنت أعلم إن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه ، لأنه لم يثبت كونه نائباً عن الطالب فى حق القاضى ، وولاية الاجبار بعد ثبوت كونه ثابتاً عنده ، ولكننا نقول : قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق المطلوب إذ ليس هناك مكذب لهما ، وكل خبر عند القاضى محمول على الصدق ما لم يأت له بمعارض ، ولكن إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة رجع على الغريم بمسأله الخ . وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلّفه أنه ما وكلنى ليستحلّفه على ذلك فإن حلف برىء وإن نسكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل الخ . ثم ذكر عن الخصاص قال : لا يحلف المطلوب على الوكالة فى قول أبى حنيفة ، وفى قولهما يحلف على العلم ، ثم ذكر دليله ودليلهما

(١) وهى فى ص ١٠ ج ١٩ من المبسوط

(٢) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهى فى باب الوكالة فى الدين ص ٧٠

ج ١٩ قال : وإذا وكله فى كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس

قال : وإذا وكلت المرأة وكيلا بالخصومة وهي حاضرة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل إلا أن يرضى الخصم . وكان ابن أبي ليلى يقول : نقبل ذلك ونجيزه . وبه نأخذ ^(١)

باب فى الدين

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان على الرجل دين وكان عنده ودیعة غير معلومة بعينها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ماترك الرجل فهو بين الغرماء وأصحاب الودیعة بالخصص ، وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس لصاحب الودیعة شيء إلا أن يعرف وديعته

بوكيل فى تقاض ولا شراء ولا بيع إلا فى قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول : ظاهر لفظه يتضمن ذلك ، فإنه من القليل والكثير الذى له أن يباشره بولايته فى ماله . ولكننا نقول : قد عرفنا يقينا أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ماله أن يفعله ، وإنما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالى

(١) قال فى المبسوط ص ٧ ج ١٩ : وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا : للمرأة أن توكل بذلك ، بكر كانت أو ثيبا ، إذا لم يكن مروءة . وفى قوله الآخر وهو قول محمد : الرجل والمرأة سواء فى ذلك لهم التوكيل بغير رضا الخصم الخ

(٢) وفى مبسوط السرخسى فى كتاب الودیعة ص ١٢٩ ج ١١ : « وإن مات الرجل وعليه دين وعنده ودیعة ومضاربة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء » لأن حق الغرماء بعد موت المدينون يتعلق بماله دون مال سائر الناس . وكما كانوا أحق بها فى حياة المدينون فكذلك بعد موته « وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بالخصص ، وأصحاب الودیعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا » وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة . وأصل المسألة أن الأمين إذا مات مجهولا للأمانة فالأمانة تصير ديناً فى تركته عندنا ، لأنه بالتجهيل صار متملكا لها ، فإن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك الخ

بعينها ، فتكون له خاصة . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : هى دين فى ماله
مالم يقل قبل الموت : قد هلكت ، ألا ترى أنه لم يعلم لها سبيل ذهبت فيه ؟
وكذلك كل مال أصله أمانة . وبه نأخذ

قال : وإذا أقر الرجل فى مرضه الذى مات فيه بدين وعليه دين بشهود
فى صحته وليس له وفاء ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يبدأ بالدين
المعروف الذى فى صحته ، فإن فضل عنهم شىء كان للذين أقر لهم فى المرض
بالخصص ، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً ، ولا تجوز
وصيته فيه لما عليه من الدين ؟ فكذلك إقراره له . وبه نأخذ ^(١) . وكان
ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : هو مصدق فيما أقر به ، والذى أقر له فى الصحة
والمرض سواء

قال : وإذا استدان المرأة وزوجها غائب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه
كان يقول : أقرض لها على زوجها نفقة مثالا فى غيبته . ثم رجع عن ذلك
فقال : لاشىء لها وهى متطوعة فيما أنفقت والدين عليها خاصة ^(٢) . وكان

(١) قلت : المسألة فى ص ٢٦ ج ١٨ باب الاقرار فى المرض من المبسوط
قال : ولو كان عليه دين فى الصحة وأقر فى مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة
مقدما على ما أقر به فى المرض عندنا . وقال ابن أبى ليلى رحمه الله : ما أقر به
فى الصحة والمرض فهو سواء . ثم ذكر حجج كليهما وبسط ورجح دليل الامام
ثم قال « ولو استقرض فى مرضه مالا أو اشترى شيئا وعين الشهود قبضه ذلك
فهذا يحاص غرماء الصحة لأنه لا يمكن التهمة فيما ثبت بمعاينة الشهود . وليس
فيه إبطال حق الغرماء عن شىء بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعد له
فظهر هذا السبب فى حقهم وكان صاحبه مزاحما لهم فى الشراكة » ولو لم تكن
الشركة إلا عين المال الذى أخذه قرضا أو بيعا فهو كذلك » لأن القبض تم ملكه
فكان من جملة تركته عند موته يتعلق به حق جميع غرمائه الخ

(٢) قال فى المبسوط ص ١٨٤ ج ٥ : « وكذلك لو استدان عليه

ابن أبي ليلى لا يفرض لها نفقة إلا فيما يستقبل . وكذلك بلغنا عن شريح ^(١) وهذا نأخذ

قال : وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو قصاص . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يكون قصاصاً إلا أن يتراضيا به . فإن كان لأحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصاً في قولهما جميعاً

قبل قضاء القاضى أو التراضى « لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وإنما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون فى ذمتها ، وإنفاقها بما استدانت كانفاقها من سائر أملاكها » فلا ترجع بشئ من ذلك على الزوج إلا أن يكون القاضى فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم غاب أو حبس للنفقة فاستدانت عليه أو لم تستدن أخذته بنفقة ماضى « لأن حقها تأكد بقضاء القاضى أو بالصالح عن تراض ، فإن ولايته على نفسه فى الالتزام فوق ولاية القاضى فى الالتزام . وذكر عن شريح قال : « أيما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فأنما استدانت على نفسها » وإنما أراد به إذا لم يفرض القاضى لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج ، لأن للقاضى عليه ولاية ، فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه ، قال « وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا أجيز القرض عليه إذا كان غائباً » لأن القرض عليه إذا كان غائباً إلزام وليس للقاضى ولاية إلزام على الغائب

(١) قلت : أخرجه الامام محمد فى « الأصل » فى النفقات كما ذكر فوق . وأخرجه فى كتاب الحجة على أهل المدينة عن أبى كدينة يحيى بن المهلب عن مطرف ابن طريف عن عامر الشعبي عن شريح أنه قال : إذا ادانت المرأة على زوجها لم يؤخذ به . ثم قال عامر : رأيت لو مات على من هو عليها حيا وميتا ؟ وأخرجه عن سفيان الثورى عن معن عن الشعبي قال : قال شريح ليس عليه شئ إلا أن يكون أمرها « يعنى المرأة إذا أنفقت وزوجها غائب » بدين أو أنفقت من مالها . ص ٣٤٦

(٢) وهو قول محمد أيضا — أفاده فى المختصر الكافى

قال : وإذا أقر وارث بدين وفي نصيبه وفاء بذلك الدين ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يستوفى الغريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه ، لأنه لا ميراث له حتى يقضى الدين . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث ، فإن كان هو وأخ له دخل عليه النصف ، وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث ، والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر ، وإن كانوا اثنين جازت شهادتهما في جميع الميراث في قولهما جميعاً إذا كانا عدلين ، فإن لم يكونا عدلين كان ذلك في أنصباهما على ما فسرنا من قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال : وإذا كتب الرجل بقرض في ذكر حق ثم أقام بيته أن أصله كان مضاربة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : آخذه به وإقراره على نفسه بالقرض أصدق من دعواه . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : أبطله عنه وأجعله عليه مضاربة وهو فيه أمين . وإذا أقام الرجل على الرجل البيعة بمال في ذكر حق من شيء جائز فأقام الذى عليه الدين البيعة أنه من ربا ، وأنه قد أقر أنه قد كتب ذكر حق من شيء جائز ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل منه المخرج ويلزمه المال بإقراره أنه ثمن شيء جائز . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقبل منه البيعة على ذلك ويرده إلى رأس المال

(١) وهو قول أصحابنا جميعاً . قال السرخسى : واستحسن ابن أبي ليلى في الفصلين جميعاً ، لأنه وجد في ذلك عرفاً ظاهراً بين الناس أنهم يكتبون القرض للاحتياط ، وإن كانوا دفعوا المال مضاربة ، ويقرون بثمر المتاع وإن كان أصل المعاملة قرضاً والزيادة ربا شرط عليه . فللعرف الظاهر قال : تقبل بيئته على ذلك ، ولكن هذا ليس بقوى ، فهذا العرف يدل على شهادة الظاهر له وذلك دليل قبول

قال : وإذا أقر الرجل بمال في ذكر حق من بيع ^(١) ثم قال بعد ذلك : لم أقبض المبيع ولم تشهد عليه بيئته بقبضه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المال له لازم ولا ألثفت إلى قوله ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يلزمه شيء من المال حتى يأتي الطالب بالبيئته أنه قد قبض المتاع الذى به عليه ذكر الحق . وقال أبو يوسف رحمه الله : أسأل الذى له الحق أبعت هذا ؟ فإن قال : نعم . قلت : فأقم البيئته على أنك قد وفيت به متاعه ، فإن قال الطالب : لم أبعه شيئاً لزمه المال

قال : وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم وجاء عليه بالبيئته فشهد أحد شاهديه بالألف وشهد الآخر بألفين ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاشهادة لهما لأنهما قد اختلفا . وكان ابن أبي ليلى يجيز من ذلك ألف درهم ويقضى بها للطالب . وبه نأخذ ^(٣) . ولو شهد أحدهما بألف وشهد

قوله مع يمينه لادليل قبول بيئته ، وبالاتفاق لا يقبل قوله مع يمينه لما سبق من الاقرار فكذلك لا تقبل بيئته

(١) وفي المبسوط بمال في صك حق من ثمن بيع
(٢) قال السرخسى : فقد بينا هذه المسألة في كتاب البيوع أن على قول
أبي حنيفة ومحمد لا يصدق وصل أم فصل ، وفي قول أبي يوسف الأول إن وصل
صدق ، وإن فصل لا يصدق . ثم رجع فقال : إذا فصل يسأل المقر له عن سبب
وجوب المال ، فإن أقر أنه من ثمن بيع فالقول قول المقر أنى لم أقبض المبيع .
وهو قول محمد

(٣) كذا في الأصل ولعل الصواب فرض المسألة في دعوى الألفين ، لأن
مسألة دعوى الألف متفق عليها بين الامام وصاحبيه . قال في البدائع ص ٢٧٨
ج ٦ : إذا ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بألفين
والآخر بألف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً ، وعندهما تقبل على الألف .
ولو كان المدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف

الآخر بألف وخمسمائة كانت شهادة الألف جائزة في قولهما جميعاً . وإنما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول : قد سمي الشاهدان جميعاً ألفاً وقال الآخر خمسمائة فصارت هذه مفصلة من الألف

قال : وإذا شهد الرجل على شهادة رجل وشهد آخر على شهادة نفسه في دين أو شراء أو بيع ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز شهادة شاهد على شهادة شاهد ولا يقبل عليه إلا شاهدان . وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه ^(١) . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى

تقبل على الألف بالاجماع . ثم ذكر دلائل القولين كليهما إلى أن قال : ولو ادعى ألفا فشهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لا تقبل على الألف بالاجماع ، لأن المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فأوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل إلا إذا وفق فقال : كان لي عليه ألفان إلا أنه قد قضاني ألفا ولم يعلم به الشاهد فيقبل . وكذا لو ادعى ألفا فشهد أحدهما بها والآخر بألف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا إلا إذا وفق فقال : كان لي عليه ألف وخمسمائة إلا أنه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل ، لأنه إذ وفق فقد زال الاختلاف المانع من القول . وفي المبسوط ص ١٧٥ ج ١٦ : فإن كان المدعى يدعى ألفا فقد أكذب الذي شهد على ألف وخمسمائة فلا تقبل شهادتهما له إلا أن يوفق فيتمول : كان أصل حق ألفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فحينئذ تقبل شهادتهما على الألف ، لأنه وفق بتوفيق صحيح محتمل . قلت : فلعل قوله « وبه نأخذ » أدرجه الناسخ هنا سهوا منه ، ومجمله بعد قوله « لأنهما قد اختلفا » أو زيادته من سهو الناسخ ، والله أعلم

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن علي رضى الله عنه ولفظه : « لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان » وروى ابن أبي شيبة عن الشعبي أنه قال : « لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين »

(٢) ذكرت هذه المسألة في ضمن الاحتجاج في ص ١٣٨ ج ١٦ من

يقول : أقبل شهادة شاهد على شهادة شاهد . وكذلك بلغنا عن شريح^(١) وإبراهيم

قال : وإذا شهد الشهود على دار أنها لفلان مات وتركها ميراثا بين فلان وفلان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن شهدوا أنهم لا يعلمون له وراثا غير هؤلاء جازت الشهادة . وبه نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا تجوز شهادتهم إذا قالوا : لا نعلم له وارثا غير هؤلاء حتى يثبتوا ذلك فيقولوا : لا وارث له غيرهم ، وإذا جاء وارث غيرهم بينة أدخله معهم في الميراث . ولم تبطل شهادة الأولين في قولهما

قال : وإذا شهد الشهود على زنا قديم أو سرقة قديمة ، فإن أبا حنيفة

المبسوط في شرح قول الحاكم : « وإن شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا » الخ وهو قوله : « وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لأن الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة » الخ . ولم أجد ذكرها مستتملا كما ذكرها هنا ، والله أعلم

(١) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية أبو أمية السكندري الكوفي ، مخضرم ، ولى لعمر الكوفة فتتضى بها ستين سنة . وكان من جلة العلماء وأذكي العالم . روى عن علي وابن مسعود ، وعنه الشعبي وأبو وائل . روى له النسائي والبخاري في الصحيح وفي الأدب . قال الشعبي : كان أعلم الناس بالتقضاء . مات سنة ٨٠ عن ١١٠ سنة ، وقيل عن ١٢٠ سنة

(٢) وهذه المسألة في ص ١٥٢ ج ١٦ قال بعد ما ذكر دليل ابن أبي ليلى ولكننا نقول : قولهم لا وارث له غيره نفى لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضي أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا وحملهم على الكذب ، وإليه أشار في الكتاب فقال : من قبل أن هذا عيب يحملهم القاضي عليه ، أو قال عنت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعلمون ، وإن قالوا : لا نعلم له وراثا غيره فهذا يكفى . وعلى قول ابن أبي ليلى لا يكفى لأن هذا

رضى الله عنه كان يقول : يدرأ الحد في ذلك ، ويقضى بالمال وينظر في المهر لأنه قيد وطىء فإذا لم يقيم الحد بالوطء فلا بد من مهر . وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرة ذلك فانما شهدوا على ^(١) ضغن فلا شهادة لهم ^(٢) » . وبه نأخذ ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقبل شهادتهم وأمضى الحد . فأما السكران فإن أتى به وهو غير سكران فلا حد عليه ^(٤) ، وإن كان أخذ وهو سكران فلم يرتفع إلى الوالى حتى ذهب السكر عنه إلا أنه في يدى الشرط أو عامل الوالى فإنه يحد

قال : وإذا شهد الشهود عند القاضى بشهادة فادعى المشهود عليه أنهم شهدوا بزور وقال : أنا أجرحهم وأقيم البينة أنهم استؤجروا وأنهم قوم فساق ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل الجرح على مثل هذا . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقبله . فأما غير ذلك من محدود في تذف أو شريك أو عبد فهما يقبلان في هذا الجرح جميعاً . وحفظى عن أبي يوسف أنه قال بعد : يقبل الجرح إذا شهد من أعرفه وأثق به

ليس من الشهادة فى شيء فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون . وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضى لا يعلم الخ

(١) الضغن : الحقد

(٢) أخرجه الامام محمد فى كتاب الحدود من «الأصل»

(٣) والمسألة متفق عليها عندنا . أفاده السرخسى وقال : قدينا المسألة فى الحدود

(٤) واحتج له السرخسى فقال لانعدام العلة الموجبة للحد . قال : ولكننا نقول : الموجب للحد هو الشرب إلى غاية السكر ، ولا ينعدم ذلك وإن زال ما به من السكر إلا عند أبي حنيفة وأبى يوسف فانهما يشترطان بقاء الرائحة لاقامة الحد عليه ، وعند محمد لا يشترط ذلك . وقد بيناه فى الحدود

قال : وإذا شهد الوصى للوارث الكبير على الميت بدين أو صدقة في دار أو هبة أو شراء ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو جائز . وبه نأخذ . وإذا شهد الوصى على غير الميت للوارث الكبير بشيء له خاصة فشهادته جائزة في قولهما جميعاً . قال : وإذا ادعى رجل ديناً على ميت فشهد له شاهدان على حقه وشهد هو وآخر على وصية ودين لرجل ^(١) عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : شهادتهم جائزة لأن الغريم يضر نفسه بشهادته . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا تجوز شهادته . وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم تجز ، لأنهم شركاء في الوصية الثلاث بينهم . وقال أبو يوسف : أصحاب الوصايا والغرماء سواء ، لا تجوز شهادة بعضهم لبعض . قال : وإذا شهد الرجل لامرأته ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز شهادته لها . وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣) . وبهذا

(١) وفي المبسوط لرجل آخر

(٢) وهو قول أصحابنا كلهم - أفاده السرخسى

(٣) قلت أخرجه أبو يوسف في آثاره عن الامام عن الهيثم عن عامر عن شريح « أنه كان لا يجز شهادة الرجل لامرأته ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الشريك لشريكه ، ولا السيد أعبد ، ولا رجل لأبيه ولا أب لابنه ، ولا الأعمى ، ولا المحدود في قذف » وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده ، وأخرجه طاحه ابن محمد من طريق المقرئ عنه وابن خسروا من طريق ابن زياد والكلاعى عن الوهبي عنه . وأخرجه محمد في آثاره ومبسوطه وليس فيه ذكر الأعمى ، وليس في رواية الآثار ذكر السيد ، ولا ذكر الأعمى . وأخرجه عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما . قلت : قال في تخريج الهداية ويقال : إن الخصاص أخرجه بإسناده مرفوعاً . قلت : وذكره السرخسى عن عمرو بن شبيب عن أبيه عن جده مرفوعاً ، وذكر سند حديث خصاف القارى في شرح المختصر فقال : عن صالح

نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : شهادته لها جائزة

قال : وإذا شهد الرجل على شهادة وهو صحيح البصر ثم عمى فذهب بصره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز شهادته تلك إذا شهد بها (٢) . بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه رد شهادة أعمى شهد عنده (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : شهادته جائزة . وبه نأخذ ، إذا كان شيء لا يحتاج أن يقف عليه

قال : وإذا أقر الرجل بالزنا أربع مرات في مقام واحد عند القاضي ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا عندي بمنزلة مرة واحدة ولا حد عليه في هذا . وبه نأخذ (٤) . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن

ابن زريق عن مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يجوز شهادة الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ، ولا الأجير لمن استأجره »

(١) قلت : وبه أخذ محمد أيضاً وحجتهم في ص ١٢٣ ج ١٦ من المبسوط ولم يذكر فيه خلاف ابن أبي ليلى

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً والمسألة ذكرت في كتاب الشهادة ص ١٣٠ ج ١٦ من مبسوط السرخسي مع خلاف أبي يوسف وحججه وحججهما ولم يذكر قول ابن أبي ليلى

(٣) قلت : أخرجه محمد في شهادات «الأصل» عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لعل رضى الله عنه فرد شهادته . قال محمد : وبه نأخذ وأخرج عبد الرزاق عن الأسود بن قيس عن أشياخه أن علياً لم يجوز شهادة الأعمى في سرقة

(٤) قلت : المسألة في ص ٩١ ج ٩ في باب الاقرار بالزنا ، وهي متفق عليها بين أصحابنا . واحتج السرخسي لهم بما لا مزيد عليه وجمع اختلاف روايات

ما عَزَّ بن مالك رَضِيَ الله عنه أَتاه فأقرَّ عنده بالزنا فردَّه ، ثم أَتاه الثانية فأقرَّ عنده فردَّه ، ثم أَتاه الثالثة فأقرَّ عنده فردَّه ، ثم أَتاه الرابعة فأقرَّ عنده فسأل قومه هل تنكرون من عَقَله شيء ؟ قالوا : لا ، فأمر به فرجم ^(١) . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلَى يقيم الحد إذا أقرَّ أربع مرات في مقام واحد

قال : وإذا أقرَّ الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات ، فإن أبا حنيفة رَضِيَ الله عنه كان لا يرى ذلك شيئا ولا يحده . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلَى يقول : إذا قامت عليه الشهود بذلك أحده

قال : وإذا رجع الرجل عن شهادته بالزنا وقد رجم صاحبه بها ، فإن أبا حنيفة رَضِيَ الله عنه كان يقول : يضرب الحد ويغرم ربع الدية . وبه نأخذ ^(٣) . وكان ابن أبي ليلَى يقول : أقتله ، فإن رجعوا أربعتهم قتلتهم ولا

الحديث الذى ذكره هنا وبين معانيها ووفق بينهما فراجعهُ إن شئت زيادة الاطلاع (١) أخرجه هو فى خراجهِ عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة . وأخرجه فى آثارهِ عن الامام عن عائمة عن ابن بريدة عن أبيه والحرثى من طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد بن عمرو والحمانى والمقرئ وعدة من أصحاب الامام عنه عن عائمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه . وأخرجه أبوداود والنسائى عن أبي هريرة ، وروياه ، وأحمد فى مسنده عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه : كان ما عَزَّ بن مالك يتبى فى حجر أبي فأصاب جارية — الحديث

(٢) وهو قول محمد أيضا

(٣) قلت : ذكرت هذه المسألة فى كتاب الحدود ص ١٠٤ ج ٩ من المبسوط مختصرة قال : « وإن شهد خمسة على رجل بالزنا والاحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شيء عليه لبقاء حجة تامة فإن رجع آخر غرما ربع الدية لأن الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس ويحدان جميعا لأنه لم يبق على الشهادة

نغرهم الدية ، فان رجع ثلاثة في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ضربوا الحد
وغرم كل واحد منهم ربع الدية

قال : وإذا شهد الشهود عند القاضى على عبد وحلوه ووصفوه وهو
فى بلدة أخرى فكتب القاضى شهادتهم على ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه
كان يقول : لا أقبل ذلك ولا أدفع إليه العبد ، لأن الحلية قد توافق الحلية
وهو ينتفع بالعبد حتى يأتى به إلى القاضى الذى كتب له ، أرأيت لو كانت
جارية جميلة والرجل غير أمين أكنت أبعث بها معه ؟ وكان ابن أبى ليلى
يقول : يختم فى عنق العبد ويأخذ من الذى جاء بالكتاب كفيلا ثم يبعث
به إلى القاضى ، فاذا جاءه العبد والكتاب الثانى دعا الشهود ، فان شهدوا
أنه عبده أبرأ كفيله وقضى بالعبد أنه له وكتب له بذلك كتابا إلى القاضى
الذى أخذ منه الكفيل حتى يبرىء كفيله . وبه نأخذ

قال : وإذا شهد الرجل من أهل الكوفة شهادة فعدل بمكة وكتب بها
قاضى مكة إلى قاضى مصر فى مصر غير مصره بالشهادة وزكى هناك وكتب
بذلك إلى قاضى الكوفة فشهد قوم من أهل الكوفة أن هذا الشاهد فاسق ،
فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : شهادتهم لا تقبل عليه أنه فاسق . وبه
نأخذ ^(١) وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : نرد شهادته ويتبيل قو لهم .

من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة فى حقهما بالرجوع فعليهما الحد « قلت :
ولم يذكر باقى المسألة ولا قول ابن أبى ليلى

(١) قلت : وهو قول محمد أيضا . أفاده السرخسى . وقد اختصر المسألة فقال :
« إذا شهد قوم من أهل الكوفة أن ذلك الشاهد فاسق ، فان شهادتهم لا تكون مقبولة
عندنا . وقال ابن أبى ليلى : تقبل وترد شهادة الشاهد ، لأن فسقه لو صار معلوما
للقاضى بخبر الخبير رد شهادته فاذا صار معلوما له بشهادة الشهود أولى ، ولأن الفسق

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا ينبغي للقاضى أن يفعل ذلك ، لأنه قد غاب عن الكوفة سنين فلا يدرى ما أحدث ولعله قد تاب

قال : وإذا شهد الشاهدان من اليهود على رجل من النصارى وشهد شاهدان من النصارى على رجل من اليهود ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز ، لأن الكفر كله ملة واحدة . وبه نأخذ ^(١) . وكان

مانع من العمل بشهادته الخ . وجه قولنا أن المقصود بهذه الشهادة النفي لا الإثبات والبيّنات للإثبات لا للنفي ، وبيان الوصف أن المقصود نفي وجوب العمل بشهادته ، وبه فارق الرق وإقامة الحد عليه ، لأن تلك البيئة تقوم لإثبات الرق عليه ، ولإثبات فعل القاضى فى إقامة الحد عليه ثم يتضمن ذلك بطلان شهادته حكماً . يوضحه أن صفة الفسق ليست بصفة لازمة ، فإن الفاسق إذا تاب لا يبقى فاسقاً ، فالشاهد لا يعلم بقاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وإنما يقول ذلك باستصحاب الحال وذلك يطلق له الخبر دون الشهادة فكان ، مجازاً فى هذه الشهادة ، بخلاف الرق وإقامة الحد عليه ، فإن ذلك صفة لازمة له فيجوز للشاهد أن يشهد على ذلك إذا كان قد علم سببه حقيقة ، ولأن الفسق يثبت بأسباب يختلف الناس فى بعضها فلعل الشاهد بذلك يعتمد بسبب عنده أن ذلك فسق وعند القاضى ليس بفسق ، فلا يجوز له أن يعتمد مجرد شهادته أنه فاسق بخلاف الرق وإقامة الحد عليه »

(١) وبه قال محمد . أفاده فى المبسوط كتاب الشهادات ص ١٣٣ ج ١٦ واحتج لهم بحجج كثيرة ، منها « ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين ديننا بشهادة أربعة منهم . وعن أبى موسى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض . والسلف مجمعون على هذا ، حتى قال يحيى بن أكثم : تتبعت أقاويل السلف فلم أجد أحداً منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أنى رأيت لربيعة فيه قولين . والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم . وبيان الوصف فى قوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » والمراد منه الولاية دون الموالاته ، فانه معطوف على قوله تعالى : « ما لكم من ولايتهم من شيء » والدليل عليه أنها تصح الإنسكحة فيما بينهم ولا

ابن أبي ليلى لا يجيز ذلك ويقول : لأنهما ملتان مختلفتان . وكان أبو حنيفة يورث اليهودى من النصرانى والنصرانى من اليهودى ويقول : أهل الكفر بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى لا يورث بعضهم من بعض

قال : وإذا شهد الشهود عند قاضى الكوفة على عبد وحلوه ووصفوه أنه لرجل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا أكتب له . وقال ابن أبي ليلى : أكتب له شهادتهم إلى قاضى البلد الذى فيه العبد ، فيجمع القاضى الذى العبد فى بلده بين الذى جاء بالكتاب وبين الذى عنده العبد ، فإن كان للذى عنده العبد حجة وإلا بعث بالعبد مع الرجل الذى جاء بالكتاب محتوما فى عنقه وأخذ منه كفيلا بقيمته ويكتب إلى القاضى بجواب كتابه بذلك ، فيجمع قاضى الكوفة بين البيضة وبين العبد حتى يشهدوا عليه بعينه ثم يرده مع الذى جاء به إلى قاضى البلد الذى كان فيه العبد حتى يجمع بينه وبين خصمه ثم يمضى عليه القضاء ويبرأ كفيله . وبه نأخذ^(١) . قال أبو يوسف : ما لم تجيء تهمة أو أمر يستريبه من الغلام

نكاح إلا بولي ، والمسلم إذا خطب إلى كتابى ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الإطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدى ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فإذا ثبتت الأهلية للولاية ثبتت الأهلية للشهادة . قال : ولأن الكفر ملة واحدة عندنا . قال تعالى : « هذان خصمان اختصموا فى ربهم » وقال : « لكم دينكم ولى دين » فعابدا الحجر وعابدا الوثن أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم ، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مذاهبيهم . قلت : روى ابن ماجه عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض . فهذا حجة على ابن أبي ليلى

(١) وهذه المسألة مكررة ، وقد مرت مثلها قبيل ذلك بتغيير يسير

وإذا سافر الرجل المسلم فحضره الموت فأشهد على وصيته رجلين من أهل الكتاب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز شهادتهما . وبه نأخذ^(١) لقول الله عز وجل : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » . وكان ابن أبي ليلى يقول : ذلك جائز^(٢)

وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يرى على شاهد الزور تعزيزاً غير أنه يبعث به إلى سوقه إن كان سوقياً ، وإلى مسجد قومه إن كان من العرب فيقول : القاضى يقرئكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس . وذكرك ذلك^(٣) أبو حنيفة عن

(١) وهو قول محمد أيضاً — أفاده السرخسى

(٢) قال الامام السرخسى : وهو قول شريح فانه كان يقول : لا تقبل شهادة أهل الكتاب على المسلمين فى شىء إلا فى الوصية ، ولا تقبل فى الوصية إلا فى حالة السفر . وقد نقل ذلك عن إبراهيم لظاهر قوله تعالى : « اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » يعنى من غير أهل دينكم بدليل ، قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم » ولكن نقل عن إبراهيم أنه قال : هذه الآية منسوخة بنسخها قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » وقد نقل عن عكرمة أن المراد من قوله تعالى : « أو آخران من غيركم » أو من غير قبيلتكم ، وهذا لأن العداوة بين القبائل فى الجاهلية كانت ظاهرة ، فبين الله تعالى أنه لا معتبر بها بعد الاسلام ، وأن شهادة بعضهم على بعض مقبولة . ألا ترى أن الله تعالى قال : « تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله » ؟ وذلك إنما يكون فى حق المسلمين الذين يصلون ، وقد صح الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فان شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها » الخ

(٣) قلت : أخرجه الامام محمد فى آثاره عنه عن الهيثم عن حدثه عن شريح . وروى ابن أبي شيبه من طريق أبي حصين : كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد

القاسم^(١) عن شريح . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه التعزير ولا يبعث به ويضربه خمسة وسبعين سوطا . قال أبو يوسف : أعزره ولا أبلغ به أربعين سوطا ، ويطاف به . وقال أبو يوسف : بعد ذلك : أبلغ به خمسة وسبعين سوطاً^(٢)

قومه أو سوقه ويقول : إنا قد زيفنا شهادة هذا . وروى عبد الرزاق عن الثوري عن الجعد بن ذكوان : أتى شريح بشاهد زور فنزعه عمامته عن رأسه وخفته بالدرة خنفتات وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس . قلت : أخرج البيهقي عن علي بن الحسين قال : « كان علي إذا أخذ شاهد زور بعثه إلى عشيرته فقال : إن هذا شاهد زور فاعرفوه ثم خلى سبيله »

(١) كذا في الأصل ولعله تصحيف الهيثم لأن الهيثم محتمل التصحيف إلى القسم على رسم الأقدمين ، ولأن محمداً رواه عنه عن الهيثم أو هو قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي أبو عبد الرحمن قاضي الكوفة ، وهو يروى عن أبيه وجابر بن سمرة ، وعنه عمرو بن مرة وأبو إسحاق . روى له الأربعة والبخاري . مات سنة ١١٠

(٢) قال الشيخ في شهادات المبسوط ص ١٤٥ ج ١٦ : وقال أبو يوسف ومحمد : يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطا . وقال أبو يوسف بعد ذلك : يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا . فهما استدلا بحديث عمر رضي الله عنه حيث قال في شاهد الزور : يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويطاف به ، إلا أن الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه ، فإن ذلك مثله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ، فبقى حكم التعزير الخ . وأبو حنيفة أخذ بقول شريح فإنه كان قاضياً في زمن عمر وعلى رضي الله عنهما فما اشتهر من قضاياهم كالمروى عنهما . ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك في حقهم . فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يستقط بالتوبة ، وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته ، فلهذا

قال : وإذا اختلف الشاهدان في الموطن الذي شهدا فيه ^(١) فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا نعرزهما ، ويقول : لأنى لا أدرى أيهما الصادق من الكاذب إذا كانا شهدا على فعل ؟ فإن كانا شهدا على إقرار فانه كان يقول : لا أدرى لعلهما صادقان جميعاً وإن اختلفا في الإقرار . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يرد الشاهدين وربما ضربهما وعاقبهما . وكذلك لو خالف المدعى الشاهدين في قول أبي حنيفة رضى الله عنه فشهدا بأكثر مما ادعى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لانضربهما وتتهم المدعى عليهما ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى ربما عزرها وضربها وربما لم يفعل

قال : وإذا لم يطعن الخصم في الشاهد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يسأل القاضى عن الشاهد . وكان ابن أبي ليلى يقول : يسأل عنه .

لا يعزر ويكتفى بالتشهير . ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته ، لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه ، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيراً لائقاً بجريمته فيكتفى به ، وما نقل عن عمر محمول على معنى السياسة إذا علم الامام أنه لا ينزجر إلا به ، ألا ترى أنه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه ؟ فكذلك التعزير

(١) وفي المبسوط : « وإذا اختلف الشاهدان في المواطن التي شهدا فيها على عمل أو غصب لم تقبل شهادتهما ولا يعزر ران على ذلك عندنا » الخ

(٢) استدلل لهم في المبسوط فقال : « ولكننا نقول : لاندرى أيهما الكاذب منهما فضرب كل واحد منهما عبث ولا بد من تقرر السبب في حقه حتى يجوز الاقدام على ضربه وذلك لا يوجد في حق كل واحد منهما »

(٣) واحتج لهم السرخسى فقال : « ولكننا نقول : لعل المدعى هو الغالط والكاذب والشهود صادقون في شهادتهم وبدون السبب لا تجب عليهم العقوبة وإن كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعى بإياهم »

وبهذا نأخذ^(١) . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض . وبه نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض^(٣)

باب فى الإيمان

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا ادعى الرجل على الرجل دعوى وجاء بالبينة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا نرى عليه يمينا مع شهوده . ومن حجته فى ذلك أنه قال : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعى^(٤)» فلا نجعل على المدعى ما لم يجعل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا تحول اليمين عن

(١) قال فى المبسوط : وهو قول أبى يوسف ومحمد لأن السؤال عن الشهود لصيانة قضائه فإنه ممنوع شرعا من القضاء بشهادة الفاسق . وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول : العدالة ثابتة بظاهر الاسلام كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «المسلمون عدول بعضهم على بعض» فيعتمد القاضى هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم فإذا طعن اشتغل بالسؤال ، لأن الظاهر من حال الطاعن أنه لا يكذب أيضا فإنه مسلم . وقد بينا هذه المسألة بفصولها فى : «أدب القاضى»

(٢) وهو قول محمد أيضاً — أفاده السرخسى بقوله : «عذنا»

(٣) زاد السرخسى بعده : فى الجراحات وتمزيق الثياب التى تكون بينهم فى الملاعب ما لم يتفرقوا ، فإن كانوا تفرقوا لم تجز شهادتهم . ثم قال : ولكننا نقول : المعنى الذى لأجله لا تكون لهم شهادة على البالغين انتطاع الولاية ، فإن الصبي ليس من أهل الولاية على أحد . وهذا المعنى موجود فى شهادة بعضهم على بعض ، والضرورة التى اعتادوها لا تتحقق فانا أمرنا أن نمنعهم من الاجتماع للعب فتندفع هذه الضرورة بمنعنا إياهم عن ذلك

(٤) أخرجه طلحة بن محمد من طريق أبى يوسف عن الامام عن عمرو بن

عن الموضع الذى وضعها عليه النبي صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ (١) .
وكان ابن أبى لیلی يقول : على المدعى اليمين مع شهوده ، وإذا لم يكن له
شهود لم يستحلفه وجعل اليمين على المدعى عليه ، فإن قال المدعى عليه : أنا
أرد اليمين عليه فإنه لا يرد اليمين عليه (٢) إلا أن يترحمه فيرد اليمين عليه إذا
كان كذلك ، وهذا فى الدين

قال : وإذا ورث الرجل ميراثا داراً أو أرضاً أو غير ذلك فادعى رجل
فيها دعوى ولم تكن له بيعة فأراد أن يستحلف الذى ذلك فى يديه ، فإن
أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : اليمين على عليه أنه لا يعلم لهذا فيه حقا .
وكذلك كان ابن أبى لیلی يقول أيضاً . وإنما جعل أبو حنيفة رضى الله عنه
على هذا اليمين على عليه ، لأن الميراث لزمه ، إن شاء وإن أبى ، والبيع

شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : « البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه إذا
أنكر » . وأخرجه ابن خسرو من طريق إسحاق بن خالد وعبد الله بن عبد الرحمن
عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن شريح بن الحارث عن عمر بن الخطاب عن
النبي صلى الله عليه وسلم « أنه قضى بالبيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه إذا
أنكر » . وأخرجه الحارثى عن أبى يوسف عن الامام عن حماد عن الشعبي عن ابن
عباس رفعه : « المدعى عليه أولى باليمين إذا لم تكن بيعة » وحديث ابن عباس متفق
عليه . وأخرجه البيهقى بألفاظ مختلفة

(١) وبه أخذ محمد أيضا — أفاده السرخسى

(٢) وعندنا لا يرد اليمين عليه ، لأن اليمين لابقاء ما كان على ما كان لا لإثبات
مالم يكن ، وحاجة المدعى إلى إثبات مالم يكن ثابتا واليمين لا يصلح حجة فى ذلك ،
ثم هو مخالف للنص ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعى : « ليس لك إلا
هذا : شاهداك أو يمينه » فهو تنصيب على أنه لا يمين فى جانب المدعى — السرخسى
فى المبسوط

لا يلزمه إلا بقبول ، وإذا كان الشيء لا يلزمه إلا بفعله وقبول منه مثل البيع والهبة والصدقة ، فاليمين في ذلك ألبته . والميراث لو قال : لا أقبله كان قوله ذلك باطلا وكان الميراث له لازما فلذلك كانت اليمين على عليه في الميراث . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : اليمين عليه على عليه في جميع ما ذكرت لك من بيع وغير ذلك

قال : وإذا استحلف المدعى المدعى عليه على دعواه فخلفه القاضي على ذلك ثم أتى بالبيئة بعد ذلك على تلك الدعوى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقبل منه ذلك ، لأنه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وشریح

(١) وفي المبسوط ص ١٧٣ ج ١٧ : « ولو أن رجلا ورث داراً من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه قد ورث أباه معه هذه الدار وجحد ذواليد ذلك لم يستحلف على النسب » هنا بالاتفاق . أما عند أبي حنيفة فلا يشكل ، وأما عندهما فكل نسب لو أقر به لم يصح لا يستحلف على ذلك إذا أنكره لما بينا أن النكول عندهما قائم مقام الاقرار ، والأخوة لا تثبت باقراره لو أقربها فكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الأبوة والبنوة « ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار نصيبا » كما يدعى المال والاستحلاف يجري في المال إلا أنه استحلاف على فعل الغير ، لأنه يدعى الارث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على البتات . قال في الهداية قال « ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه » لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات « وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات » لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة . قال في العناية : « والضابطة في ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه : لا علم لي بذلك . وأما إذا كان له بذلك علم فيحلف على البتات ، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على البتات »

أنهما كانا يقولان : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة (١) .
وبهذا نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقبل منه البينة بعد اليمين
وبعد فصل القضاء

باب الوصايا

قال أبو يوسف : وإذا أوصى الرجل بسكنى دار أو بخدمة عبد أو بغلة
بستان أو أرض ، وذلك ثلثه أو أقل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : ذلك جائز . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجوز ذلك ،
والوقت فى ذلك وغير الوقت فى قول ابن أبي ليلى سواء

(١) قال البيهقى فى سننه باب البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة . روى ذلك
عن عمر بن الخطاب وشريح ، ثم روى عن شريك عن عاصم عن ابن سيرين
عن شريح قال : « من ادعى قضائى فهو عليه حتى يأتى بالبينة ، الحق أحق من
قضائى ، الحق أحق من يمين فاجرة »

(٢) وبه قال محمد . والمسألة فى ص ١١٩ ج ١٦ من المبسوط قال : وبعض
القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد يمين الخصم ، وكانوا يقولون : كما
يترجح جانب الصدق فى جانب المدعى بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين
المنكر بعده ، فكذلك يتعين الصدق فى جانب المدعى عليه إذا حلف فلا يلتفت
إلى بينة المدعى بعد ذلك ولسنا نأخذ بذلك وإنما نأخذ فيه بقول عمر رضى الله عنه
حيث قال : « اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولسنا نقول : يمين المدعى
عليه يتعين معنى الصدق فى إنكاره لكن المدعى لا يخاصمه بعد ذلك لأنه لا حجة
له فإذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها

(٣) وهو قول الامام محمد أيضا . أفاده السرخسى والمسألة فى باب الوصية بالغلة
ص ١٨١ ج ٢٧ من المبسوط . واحتج لابن أبي ليلى فقال : « لأن الموصى يملك له
بإيجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له . والمنفعة والغلة التى تحدث بعد موته

قال : وإذا أوصى الرجل للرجل بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك الورثة
في حياته وهم كبار ثم ردوا ذلك بعد موته ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : لا تجوز عليهم تلك الوصية ، ولهم أن يردوها ، لأنهم أجازوا وهم
لا يملكون الإجازة ولا يملكون المال . وكذلك بلغنا عن عبدالله بن
مسعود رضى الله عنه ^(١) وشريح . وهذا نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى

ليست بمملوكة له ، وبايجابه لا يتناول المنفعة والغلة التي تحدث في حال حياته . فيبطل
وصيته بها . قال : ولكننا نقول : المنفعة تحتل التملك ببدل وبغير بدل في حال
الحياة فيجعل التملك بعد الموت أيضا ، وهذا لأن الموصى تبقى العين على ملكه
حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما يحدث المنفعة على ملكه ، فإذا
ثبت هذا في المنفعة فكذلك في الغلة ، لأنها بدل المنفعة ، والوصية بخلاف الميراث
فالآثر لا يجري في الخدمة بدون الرقبة ، لأن الورثة خلافة . وتفسيره أن يقوم
الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين
والمنفعة لا تبقى وقتين . فأما الوصية بإيجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة
فيما أبقى

(١) أخرجه الامام محمد في آثاره عن الامام عن القاسم بن عبد الرحمن عن
أبيه عن ابن مسعود قال محمد : وبه نأخذ ، إجازة الورثة قبل الموت ليس بشيء ،
فإن أجازوه بعد الموت وهي لوارث أو أكثر من الثلث فذلك جائز ، وليس لهم
أن يرجعوه ، وهو قول أبي حنيفة . وأخرجه ابن خسر ومن طريقه عنه . وأخرجه
الحسن بن زياد في مسنده عنه عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود ولفظه أنه
قال في الرجل يوصى بأكثر من الثلث فيجيزه الورثة في حياة الموصى فإذا مات
الموصى أبوا أن يجيزوا فإن لهم ذلك . وأخرجه ابن خسر ومن طريقه عنه . وأخرجه
محمد في وصاياه « الأصل » عن إبراهيم قوله . وأما قول شريح فلم أجده

(٢) وبه أخذ الامام محمد أيضا . أفاده السرخسى في مبسوطه ص ١٥٣ ج ٢٧
قال : لأن حتمهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلا لوصية الموصى
ليشدارك به ما فرط في حياته فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الاضرار

يقول : إجازتهم جائزة عليهم لا يستطيعون أن يرجعوا إلى شيء منها . ولو أجازوها بعد موته ثم أرادوا أن يرجعوا فيها قبل أن تنفذ الوصية لم يكن ذلك لهم وكانت إجازتهم جائزة في هذا الموضع في قولهما جميعاً

قال : وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وبماله كله لآخر فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الثلث بينهما نصفان لا يضرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال . وكان ابن أبي ليلى يقول : الثلث بينهما على أربعة أسهم يضرب صاحب المال بثلاثة أسهم ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد . وبه نأخذ (١)

باب المواريث

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا مات الرجل وترك أخاه لأبيه وأمه وجده ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المال كله للجد وهو بمنزلة الأب في كل ميراث . وكذلك بلغنا عن أبي بكر الصديق وعن

بورثته باسقاط حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد قصده بأن يأبى الإجازة ولا معتبر بإجازته في حياة الموصى عندنا . وقال ابن أبي ليلى : تصح إجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته ، لأنه سقط حقه بالإجازة الخ . قال « ولكننا نقول : إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت لا يكون سبباً ، وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرر السبب الخ وأطال الاحتجاج عليه

(١) . وبه قال محمد . والمسألة في كتاب الوصايا ص ١٤٨ ج ٢٧ من المبسوط . وكذلك في ص ١٦٨ واحتج للقولين بحجج كثيرة قوية حسنة ، فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

عبد الله بن عباس وعن عائشة أم المؤمنين وعن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهم أنهم كانوا يقولون : الجدد بمنزلة الأب إذا لم يكن له أب (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول فى الجدد بقول على بن أبى طالب رضى الله عنه : للأخ النصف وللجد النصف . وكذلك قال زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فى هذه المنزلة (٢)

قال : وإذا أقرت الأخت ، وهى لأب وأم وقد ورث معها العصبية بأخ لأب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : نعطيه نصف ما فى يدها ، لأنها أقرت أن المال كله بينهما نصفان فما كان فى يدها منه فهو بينهما نصفان .

(١) قلت : أما قول أبى بكر فأخرجه الامام محمد فى كتاب الحجّة على أهل المدينة عن ابن عباس وأبى موسى الأشعرى عنه وعن عطاء والحسن عنه مرسلًا . وأخرجه البخارى عن عكرمة عن ابن عباس عنه ، والبيهقى رواه كذلك عنه وعن ابن الزبير عنه . ورواه عن أبى سعيد الخدرى وعن عثمان عنه . وأما قول ابن عباس فأخرجه محمد فى الحجّة والبيهقى فى سننه والبخارى ذكره تعليقا . وأما ابن الزبير فروى البيهقى من طريق أيوب عن ابن أبى مليكة أن أهل الكوفة كتبوا إلى عبد الله بن الزبير يسألونه عن الجدد فقال : أما الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو اتخذ أحدا خليلا لاتخذته» فإنه أنزله أبا ، يعنى أبا بكر رضى الله عنه اه فأفتى بتمول أبى بكر رضى الله عنه . وأما قول أم المؤمنين فلم أجده . قلت : وزاد السرخسى فقال : وهو قول أبى موسى وأبى وعمران بن حصين وأبى الدرداء ومماذ بن جبل رضوان الله عليهم أجمعين . وهو قول شريح وعطاء وعبد الله بن عتبة

(٢) قول على وزيد وابن مسعود أخرجه البيهقى . ورى مثله عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وروى البيهقى عن عثمان وعلى رضى الله عنهما مثل قول أبى بكر أيضا . وكذلك اختلف على ابن مسعود . قلت : وبقول ابن أبى ليلى قال أبو يوسف ومحمد أيضا فى متماسمة الجد

وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا نعطيه مما فى يدها شيئاً لأنها أقرت بما فى يدى العصبه ، وهو سواء فى الورثة كلهم ما قالوا (١) جميعاً

قال : وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدها ولم يقرب بحبل امرأته ثم جاءت بولد بعد موته وجاءت بامرأة تشهد على الولادة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل هذا ولا أثبت نسبه ولا أورثه بشهادة امرأة . وكان ابن أبي ليلى يقول : أثبت نسبه وأورثه بشهادتها وحدها . وبه نأخذ (٢)

قال : وإذا كان للرجل عبدان ولدا فى ملكه كل واحد منهما من أمته فأقر فى صحته أن أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يثبت نسب واحد منهما ويعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته ، وكذلك أمهاتهما . وبه نأخذ (٣) . وكان

(١) كذا فى الأصل ولم أجد المسألة بعينها فى المبسوط . ونظائرها كثيرة فى الوصية والفرائض

(٢) قال السرخسى : وهو قول أبى يوسف ومحمد ، وقد تقدم بيان المسألة فى كتاب الطلاق أن عند أبى حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة فى إثبات النسب إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو إقرار من الزوج بالحبل ، وعند انعدام هذه المعانى لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وعند أبى يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لإثبات النسب بدون هذه الشروط . وقول ابن أبى ليلى كقولها

(٣) وبه قال الامام محمد — أفاده السرخسى ، لأن النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح إيجابه فى المجهول كالنكاح والبيع ، وهذا لأن الإيجاب فى المجهول بمنزلة التعليق بخاطر البيان ، والنسب لا يحتمل التعليق بسائر الأخطار فكذلك بخاطر البيان بخلاف العتق والطلاق إلا أن إقراره وإن

ابن أبي ليلى يقول : يثبت نسب أحدهما ويرثان ميراث ابن ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته ، وكذلك أمهاتهما

قال : وإذا كانت الدار فى يدي رجل فأقام ابن عم له البينة أنها دار جدهما والذى هى فى يديه منكر لذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقضى بشهادتهم حتى يشهدوا أن الجد تركها ميراثا لأبيه ولأبى صاحبه لا يعلمون له وارثا غيرهما ثم توفى أبو هذا وترك نصيبه منها ميراثا لهذا لا يعلمون له وارثا غيره ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : أئضى له بشهادتهم وأسكنه فى الدار مع الذى هى فى يديه ولا يقتسمان حتى تقوم البينة على المواريث ، كما وصفت لك فى قول أبى حنيفة . ولا يقولان : لا نعلم فى قول ابن أبي ليلى لكن يقولان لا وارث له غيرهما فى قول ابن أبي ليلى . وقال أبو يوسف : أسكنه ولا يقتسمان

قال : وإذا توفى الرجل وترك امرأته وترك فى بيته متاعا ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يحدث عن حماد عن إبراهيم ^(٢) أنه قال : ما كان للرجال

لم يعتبر فى حق النسب فانه يكون معتبرا فى حق العتق ، بمنزله مالو أقر لمن هو معروف النسب من الغير أنه ابنه لا يقبل إقراره ، وإن لم يعتبر فى حق النسب فانه يكون معتبرا فى حق العتق الخ — مبسوط ص ١٥٥ ج ٣٠

(١) وبه قال الامام محمد . والمسألة فى المبسوط فى كتاب الدعوى ص ٤٧ ج ١٧ قال وقال أبو يوسف : أقضى بها للجد وأضعها على يدعدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد . وهو قول ابن أبي ليلى . وهذا نظير الفصل الأول أن عند أبى يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البينة عليه ، وعندهما لم يجر الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصما فى إثبات ملك الجد فلا يقضى القاضى بشئ إلا أن يجرؤا الميراث

(٢) وأخرجه الامام محمد فى الآثار

من المتاع فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما كان للرجال والنساء فهو للباقي منهما ، المرأة كانت أو الرجل ، وكذلك الزوج إذا طلق والباقي الزوج في الطلاق . وبه كان يأخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما . ثم قال بعد ذلك : لا يكون للمرأة إلا ما يجهز به مثلها في ذلك كله ، لأنه يكون رجل تاجر عنده متاع النساء من تجارته أو صانع ، أو تكون رهونا عند رجل . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا مات الرجل أو طلق ، فمتاع البيت كله متاع الرجل إلا الدرع والخمار وشبهه إلا أن تقوم لأحدهما بيعة على دعواه^(١) . ولو طلقها في دارها كان أمرهما على ما وصفت في قولهما جميعاً .

(١) قال الامام السرخسى في ج ٥ ص ٢١٣ باب متاع البيت من المبسوط : وقال بحمد رحمه الله : ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا . وقال أبو يوسف رحمه الله : تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل أستحسن ذلك . وقال ابن أبي ليلى : ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة . وعلى قول ابن شبرمة : المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها . وقال زفر : المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما ، وهو قول مالك رحمه الله وأحد أقاويل الشافعى . وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان ، وعلى قول الحسن البصرى إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له ، لأن صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره ، ولأن المرأة ساكنة البيت ، ألا ترى أنها تسمى قعيدة ؟ فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذى اليد ، ومن يقول : المتاع كله للزوج قال لأن المرأة في يد الزوج فما في بيتها يكون في يد الزوج أيضا ، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن المنزل يضاف إليه الخ . وأبو حنيفة يقول : ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجال وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتى لو تنازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لا بسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا

قال : وإذا أسلم الرجل على يدي الرجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ميراثه له . بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعن ابن مسعود رضى الله عنه . وبهذا نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى

في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل في الطلاق لأنه صاحب البيت فقد كانت هي مع المتاع في يده الخ

(١) وهو ما أخرجه أحمد والأربعة والحاكم وابن أبي شيبه والدارمي وأبو يعلى والدارقطنى والطبرانى كلهم من حديث تميم الدارى من رواية عبد الله ابن موهب ويقال ابن وهب عنه ، ومنهم من أدخل بينهما قيصة : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يديه آخر ووالاه فقال : « هو أحق به بحياء ومماته » وفى لفظ أبي داود قال : يارسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين ؟ قال : « هو أولى الناس بحياء ومماته » وفى رواية الحاكم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذكره البخارى فى صحيحه فقال : ويذكر عن تميم رفعه : « وهو أولى الناس بحياء ومماته » واختلفوا فى صحة هذا الخبر . وأخرجه ابن عدى من وجهين ضعيفين والطبرانى والدارقطنى من أحدهما ونفذه « من أسلم على يديه رجل فولأؤه له » . وأخرجه ابن راهويه عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن رجلا أسلم على يدي وله مال وقد مات ، قال صلى الله عليه وسلم « فلك ميراثه » ومن طريقه أخرجه الطبرانى وفى إسناده رجل مجهول — من تخريج أحاديث الهداية باختصار

(٢) وهو قول الامام محمد أيضا قال السرخسى فى فصل ولاء الموالاة ص ٤٣

ج ٣٠ من المبسوط : وهو مذهب عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم

لا يورثه شيئاً . حدثني مطرف (١) عن الشعبي (٢) أنه قال : « لا ولاء إلا للذي نعمة » . حدثنا الليث بن أبي سليم (٣) عن أبي الأشعث الصنعاني (٤) عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه أنه سئل عن الرجل يسلم على يدي الرجل فيموت ويترك مالا فهو له وإن أبي فلبيت المال (٥) . حدثنا أبو حنيفة عن إبراهيم

(١) هو مطرف بن طريف أبو بكر الكوفي الحارثي ، وقيل : الجارفي . روى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى والشاذلي وجماعة . وعنه السفينان وابن فضيل وطائفة . روى له الستة . وثقه أبو حاتم . مات سنة ١٤٣

(٢) هو عامر بن شراحيل أبو عمرو الحميري الشعبي الكوفي الامام العلم . ولد لست سنين خلت من خلافة عمر . روى عنه وعن ابن مسعود مرسلًا وعن علي وأبي هريرة وعائشة وجريير وابن عباس وخلق . أدرك خمسمائة من الصحابة . روى عنه ابن سيرين والاعمش وشعبة وخلق . قال أبو مجلز : ما رأيت فيهم أفقه من الشعبي . وقال العجلي : مرسل الشعبي صحيح . مات سنة ١٠٤ ، وقيل غير ذلك . قلت : روى له الستة

(٣) هو ليث بن أبي سليم القرشي الكوفي أحد العلماء والنسك . روى عن عكرمة وغيره ، وعنه معمر وشعبة والثوري . روى له الأربعة ، ومسلم مقرونا والبخاري تعليقا . مات سنة ١٤٣

(٤) هو شراحيل بن آدة - بحد الهمز وتخفيف الدال - أبو الأشعث الصنعاني صنعاء دمشق . وقيل : اليمن . روى عن عبادة بن الصامت وشداد بن أوس وثوبان وأوس بن أوس الثقفي وأبي هريرة والنعمان بن بشير وعبد الله بن عمرو وأبي ثعلبة الخشني ، وعنه أبو قلابة الجرمي وحسان بن عطية ومسلم بن يسار المسكي وراشد بن داود ويحيى بن الحارث الذماري وغيرهم . وثقه ابن حبان والعجلي . ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية من أهل اليمن . وكان ينزل دمشق . شهد فتح دمشق مات زمن معاوية . قلت : روى له الخمسة والبخاري في الأدب

(٥) قلت : أخرج ابن أبي شيبة من طريق مجاهد أن رجلا أتى عمر فقال :

ابن محمد (١) عن أبيه عن مسروق (٢) أن رجلاً من أهل الأرض والى ابن عم له فمات وترك مالا فسألوا ابن مسعود رضى الله عنه عن ذلك فقال : ماله له (٣)

باب فى الأوصياء

قال أبو يوسف : ولو أن رجلاً أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا الآخر وصى

إن رجلاً أسلم على يدي فمات وترك ألفاً فتخرجت منها ، قال : أرأيت لو جنى جناية على من تكون ؟ قال على . قال فميراثه لك

(١) هو إبراهيم بن محمد بن المنتشر بن الأجدع الهمداني الكوفي . روى عن أبيه وقيس بن مسلم ، وغنم شعبة والسفيانان . وثنمه أحمد وأبو حاتم . وقال جعفر الأحمر : كان أفضل من رأينا بالكوفة . قلت : روى له الستة . وأما أبوه محمد بن المنتشر ابن أخى مسروق فروى عن عمه مسروق ، وعنه عبد الملك بن عمير . ووثقه أحمد . قلت : روى له الستة

(٢) هو مسروق بن الأجدع الهمداني أبو عائشة الكوفي ، الامام ، القدوة . روى عن أبي بكر وعمر وعلى ومعاذ وابن مسعود وطائفة . وعنه زوجته قيس وأبو وائل والشعبي ، وأرسل عنه مكحول . قال أبو إسحاق : حج مسروق فما نام إلا ساجداً على وجهه . قال ابن المديني : صلى خلف أبي بكر . سمي مسروقاً لأنه سرقة إنسان فى صغره ثم وجد . وغير عمر اسم أبيه إلى عبد الرحمن فأثبت فى الديوان مسروق بن عبد الرحمن . مات سنة ٦٣ . قلت : روى له الستة

(٣) قلت : أخرجه الامام أبو يوسف فى آثاره عنه عن محمد بن قيس عن مسروق أن رجلاً من أهل الأردن واطأ ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا فسأل ابن مسعود عن ذلك فأمره بأكل ميراثه . وأخرجه محمد أيضاً فى آثاره وقال : أقبل رجل من أهل الذمة فأسلم - الحديث

الرجلين جميعاً . وبهذا نأخذ (١) . وكذلك بلغنا عن إبراهيم . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول : هذا الآخر وصى الذى أوصى إليه ولا يكون وصياً للأول إلا أن يكون الآخر أوصى إليه بوصية الأول فيكون وصيهما جميعاً . وقال أبو يوسف رحمه الله بعد : لا يكون وصياً للأول إلا أن يقول الثانى قد أوصيت إليك فى كل شىء أو يذكر وصية الآخر

قال : ولو أن وصياً لآيتام اتجر لهم بأموالهم أو دفعها مضاربة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز عليهم ولهم . بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا تجوز عليهم والوصى ضامن لذلك (٣) . وقال ابن أبي ليلى أيضاً : على اليتامى الزكاة فى أموالهم فإن أداها

(١) وبه قال محمد — أفاده فى المبسوط باب الوصى والوصية ص ٢٢ — ٢٣ ج ٢٨ قال : فأما ابن أبي ليلى فيقول : هو بمطلق الايصاء يجعل الوصى خلفاً عنه فيما هو من حوائجه وحقوقه التى فرط فيها . وهذا مقصور على تركته فأما التصرف فى تركه الموصى فليس من حوائجه فى شىء فلا يملك الوصى ذلك إلا بالتنصيب عليه . ولكننا نقول : بعد قبوله الوصية وموت الموصى صار التصرف فى تركه الأول وأولاده الصغار من حوائجه فيما هو مستحق عليه بمنزلة التصرف فى تركه نفسه : يوضحه أنه جعل الثانى خلفاً عنه قائماً مقامه فى كل مكان يملكه بنفسه مما يقبل التمل إلى الغير بعد موته ، وقد كان ملك التصرف فى التركتين جميعاً فى حال حياته فيخلفه الوصى الثانى فيهما جميعاً بمطلق الايصاء . وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك إلى أن يخص تركته عند الايصاء إلى الثانى فيحتد بعمل تخصيصه ، لأنه نظر لنفسه فى هذا التخصيص وهو أنه لا يتحمل وبال التصرف فى ملك الغير حياً وميتاً

(٢) وأخرجه الامام محمد فى كتاب الآثار عن الامام عن حماد عنه قال محمد : وبه نأخذ . وهو قول أبي حنيفة

(٣) قال فى المبسوط باب الوصى والوصية ص ٢٨ ج ٢٨ لأن الموصى جعله قائماً

الوصى عنهم فهو ضامن^(١). وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : ليس على يتيم زكاة حتى يبلغ ، ألا ترى أنه لا صلاة عليه ولا فريضة عليه ؟ وبهذا نأخذ قال : ولو أن وصى ميت ورثته كبار وصغار ولا دين على الميت ولم يوص بشيء باع عقاراً من عقار الميت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : يبعه جائز على الصغار والكبار . وكان ابن أبى ليلى يقول : يجوز على الصغار والكبار إذا كان ذلك مما لا بد منه . وقال أبو يوسف

مقامه فى التصرف فى المال ليكون المال محفوظاً عنده ، وإنما يحصل هذا المقصود إذا كان هو الذى يتصرف بنفسه فلا يملك دفعه إلى غيره للتصرف كالوكيل ، ولكننا نقول : هو قائم مقام الموصى فى ولايته فى مال الولد وقد كان للموصى أن يفعل هذا كله فى ماله فكذلك الوصى ، وهذا لأن المأمور به ما يكون أصلاً لليتيم وأحسن . قال الله تعالى : « ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير » وقد يكون الأحسن فى تفويض التصرف فى ماله إلى غيره ببعض هذه الأسباب لعجزه عن مباشرة ذلك بنفسه إما لكثرة أشغاله أو لقلة هدايته

(١) وفى كتاب الزكاة من المبسوط ج ٣ ص ١٦٢ : « وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول : يحصى الولى أعوام اليتيم فإذا بلغ أخبره ، وهو إشارة إلى أنه يجب عليه الزكاة وليس للولى ولاية الأداء ، وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله . قال : إذا أداه الولى من ماله ضمن . قال : ولنا قوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يحتلم ، وعن النائم حتى ينتبه ، وعن المجنون حتى يفىق » . وفى إيجاب الزكاة عليه إجراء القلم عليه ، فإن الوجوب يختص بالذمة ولا يجب فى ذمة الولى فلا بد من القول بوجوبه على الصبى وفيه يوجه الخطاب عليه . والمراد بقوله : « كى لا تأكلها الصدقة » : أى النفقة ، ألا ترى أنه أضاف الأكل إلى جميع المال ، والنفقة هى التى تأتى على جميع المال دون الزكاة . والمعنى فيه أنها عبادة محضة فلا تحب على الصبى كسائر العبادات » الخ . قلت : وعدم الوجوب عليه قول على وابن عباس . وذهب إلى وجوبه ابن عمر وعائشة وابن مسعود رضى الله عنهم

رحمه الله : يبيعه على الصغار جائز في كل شيء كان منه بد أو لم يكن ، ولا يجوز على الكبار في شيء من بيع العقار إذا لم يكن المبتأى أوصى بشيء يباع فيه أو يكون عليه دين (١)

باب في الشركة والعق و غيره

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليست هذه بمفاوضة . وبهذا نأخذ (٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : هذه مفاوضة جائزة والمال بينهما نصفان

قال : ولو أن عبداً بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر ، كان الخيار للآخر في قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، فإن شاء أعتق العبد كما أعتق صاحبه ، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته فيكون الولاء بينهما ، وإن

(١) وقول محمد مع أبى يوسف . قال فى المبسوط ج ٢٨ ص ٣٤ : وأبو حنيفة استحسن فقال : لما ثبتت له الولاية فى بيع البعض ثبتت فى الكل ، لأن الولاية بسبب الوصاية لا تتحمل التجزئ ، وهذا لأن فى بيع البعض إضراراً بالصغير والكبير جميعاً ، لأنه يثبت به نصيب الكبير والاشتمال لا يشتري بما لا يشتري به الجمل فكان فى بيع الكل توفر المنفعة عليهم ، وللوصى ولاية فى نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه ، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المتقلات حال غيبته لما فيه من المنفعة له ؟

(٢) قلت : وبه قال محمد . أفاده فى المبسوط وزاد : ولكنها عنان قال فى بينا وبينه اتفاق أن من شرط المفاوضة المساواة فى رأس المال وقتلنا لما انعدم ما هو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولكنها عنان عام فكأنهما بائرا شركة العنان ولقبها بلقب فاسد الخ

شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد ويكون الولاء للشريك كله ، وهو عبد مابق عليه من السعاية شيء . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول : هو حر كله يوم أعتقه الأول والأول ضامن لنصف القيمة ولا يرجع بها على العبد وله الولاء ، ولا يخير صاحبه في أن يعتق العبد أو يستسعيه . ولو كان الذي أعتق العبد معسراً كان الخيار في قول أبي حنيفة للشريك الآخر ، إن شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما ، وإن شاء أعتقه كما أعتق صاحبه والولاء بينهما . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا كان معسراً سعى العبد للشريك الذي لم يعتق في نصف قيمته ويرجع بذلك العبد على الذي أعتقه والولاء كله للذي أعتقه وليس للآخر أن يعتق منه شيئاً . وكان يقول : إذا أعتق شقصاً في مملوك فقد أعتقه كله ولا يتبع بعض العبد فيكون بعضه رقيقاً وبعضه حراً . وبه نأخذ ^(١) .

(١) وهو قول الامام محمد أيضاً . والمسألة في باب عتق العبد بين الشركاء من المبسوط ص ١٠٣ ج ٧ واحتج لهما السرخسي فقال : لقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك » . وفي الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضاً رضي الله عنه . والمعنى فيه أن العتق إسقاط للرق والرق لا يتجزى ابتداء وبقاء . فإسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضاً كما أن الحل لما كان لا يتجزى ابتداء وبقاء فإبطاله بالطلاق لا يتجزى الخ . قال : واستدل أبو حنيفة رحمه الله بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شقصاً له في عبد فإن كان موسراً فعليه خلاصه ، وإلا فقد عتق ماعق ورق مارق » . وقال على رضي الله عنه : « يعتق الرجل من عبده ماشاء » ، وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم : « فهو حر كله » سيصير حراً كله باخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بياناً أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه وهو مذهبنا ، ولأن هذا إزالة ملك المملوك فيستجزأ في الحل كالبيع . وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو

أرأيت ما أعتق منه أ يكون رقيقاً ؟ فإن كان ما أعتق منه يكون رقيقاً فقد عتق ، فكيف يجتمع في معتق واحد عتق ورق ؟ ألا ترى أنه لا يجتمع في امرأة بعضها طالق وبعضها غير طالق وبعضها امرأة للزوج على حالها ؟ وكذلك الرقيتين . وبهذا نأخذ إلا خصلة لا يرجع العبد بما سعى فيه على الذي أعتقه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يعتق بعضه وبعضه رقيق . وهذا كله بمنزلة العبد مادام منه شيء رقيق أو يسعى في قيمته ، أرأيت لو أن الشريك قال : نصيب شريكي منه حر وأما نصيبي فلا ، هل كان يعتق منه ما لا يملك وإذا أعتق منه ما يملك فكيف يعتق منه ما لا يملك ، وهل يقع عتق فيما لا يملك الرجل ؟

قال : ولو أن عبداً بين رجلين كاتبه أحدهما بغير إذن صاحبه ولا رضاه فأذكر ذلك صاحبه قبل أن يؤدي المكاتب شيئاً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المكاتب باطلة ولصاحبه أن يردها لأنها منفعة تصل إليه وليس

مالك للمالية دون الرق ، فالرق اسم لضئف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق في المحل كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل ، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له ، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزى فانما يزول بقدر ما يزيله ، ولهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عند أبي حنيفة حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد ، وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق ، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ . وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق ، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ ، وإنما يسمى فعله إعتاقاً مجازاً على معنى أنه إذا تم إزالة الملك بطريق الاسقاط يعقبه العتق الذي هو عبارة عن القوة لا أن يكون انفعال المزيل ملاقياً للرق الخ

ذلك له دون صاحبه . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : المكاتبه جائزة وليس للشريك أن يردّها . ولو أن الشريك أعتق العبد كان العتق باطلاً في قول ابن أبي ليلى ^(٢) حتى ينظر ما يصنع في المكاتبه ، فإن أداها إلى صاحبها عتق وكان الذى كاتب ضامناً لنصف القيمة والولاء كله له . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : عتق ذلك جائز ويخير المكاتب ، فإن شاء ألغى الكتابة وعجز عنها ، وإن شاء سعى فيها ، فإن عجز عنها كان الشريك الذى كاتب بالخيار إن شاء ضمن الذى أعتق إن كان موسراً ، وإن شاء استسعى العبد فى نصف قيمته ، وإن شاء أعتق العبد ، فإن ضمن الذى أعتق كان له أن يرجع على العبد بما ضمن

(١) وبه أخذ الامام محمد أيضاً أفاده السرخسى قال : لأن فى إبقاء هذا العقد ضرراً على شريكه من حيث إنه يتعذر عليه التصرف فى نصيبه وتتعدى عليه استدامة الملك بعد أداء بدل الكتابة ، ومن تصرف فى ملكه تصرفاً يلحق الضرر بغيره فإن ذلك الغير يتمكن من دفع الضرر عن نفسه ، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذ الشفيع بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ؟ وهذا العقد يحتل الفسخ ، فقلنا : يدفع الشريك الضرر عن نفسه بفسخه ، ألا ترى أن المكاتب إذا كسر نجماً أو نجمين كان للمولى أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه وأن المكاتب متى عجز عن أداء بدل الكتابة كان له أن يفسخ العتق لدفع الضرر عن نفسه ، وبه فارق حنيفة العتق فإنه غير محتل للفسخ فدفع الضرر يكون بالتضمن هناك ، وبه فارق البيع لأنه لا ضرر على الشريك فى إبقاء البيع فى نصيب الشريك

(٢) وهذا بناء على أن الكتابة لا تجزأ عنه فإذا أدى البدل عتق الكل من جهته فصار ضامناً نصف قيمته لشريكه . وعند أبي حنيفة تجزأ الكتابة فالمكاتب لم يصر مستحقاً لنصيب الشريك فلهذا نفذ العتق من الشريك فى نصيبه ويسعى المكاتب فى بدل الكتابة ، وإن شاء فى نصف قيمته للشريك الآخر ، وهذا الخيار عنده باعتبار أن العتق يحتل التجزئ — السرخسى

قال : ولو أن يملوكا بين اثنين دبره أحدهما ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : ليس للآخر أن يبيعه لما دخل فيه من العتق . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : له أن يبيع حصته

وإذا ورث أحد المتفاوضين ميراثا ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : هو له خاصة . وبهذا نأخذ (٢) . قال : وتنتقض المفاوضة إذا قبض ذلك . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو بينهما نصفان

قال : وإن كان العبد بين اثنين فدبره أحدهما ثم أعتقه الآخر ألبته ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : الذي دبره بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته مدبراً وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً إن كان موسراً ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان . وكان ابن أبي ليلى يقول : التدبير باطل والعتق جائز والمعتق ضامن لنصف قيمته إن كان موسراً ، وإن كان معسراً سعى فيه العبد ثم يرجع على المعتق

(١) والمسألة متفق عليها عند أئمتنا كما ذكرها السرخسي . قال : وهذا بناء على أن استحتماق العتق يثبت بالتدبير عندنا حتى يتمتع على المدبر بيع نصيبه فيمتع على الشريك أيضاً بيع نصيبه اعتباراً لحق العتق بحقيقة العتق الخ

(٢) وبه قال الامام محمد أيضاً . أفاده السرخسي ، لأننا نقول : عقد المفاوضة إنما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لأن كل واحد منهما يكون وكيلاً لصاحبه في ذلك التصرف وهذا في الارث لا يتحقق ، ثم الملك بالميراث ليس بحادث فإن الوراثة خلافة فبقي للوارث الملك الذي كان ثابتاً للبورث . وسبب هذه الخلافة لم يوجد في حق الشريك . ولو قلنا بأن المفاوضة توجب الشركة بينهما في الموهوب والموروث لبطلت في نفسها ، لأنها تصير في معنى القمار والمخاطرة وذلك باطل شرعاً

والولاء كله للمعتق ^(١) . وقال أبو يوسف : إذا دبره أحدهما فهو مدبر كله وهو ضامن نصف قيمته ، وعتق الآخر باطل لا يجوز فيه ^(٢)

باب في المكاتب

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كاتب الرجل المكاتب على نفسه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ماله لمولاه إذا لم يشترط المكاتب ذلك . وبه نأخذ ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : المكاتب له المال وإن لم يشترط

قال : وإذا قال المكاتب : قد عجزت وكسر مكاتبته وردة مولاه في الرق ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز . وبهذا نأخذ . وقد بلغنا

(١) هذه المسألة متقدمة في المبسوط على مسألة الشركة التي قبلها . قال السرخسي : ولكن قد ثبت لنا أن بالتدبير يثبت استحقاق العتق كما يثبت بالاستيلاد . وقد قررنا هذا في العتق ، كما أنه إذا نفذ الاستيلاد من أحدهما في نصيبه لم يبطل ذلك باعتاق الآخر فكذلك إذا نفذ التدبير . وهذا لأن الولاء بالتدبير صار مستحقاً له حتى إذا أعتق بعد موته يكون ولاؤه له فلا يتمكن الآخر من إبطال هذا الولاء عليه

(٢) قلت : وهو قول محمد رحمه الله ، وذلك لأن التدبير عندهما لا يتجزى كالعتق ويضمن نصيب شريكه ، موسراً كان أو معسراً لأنه صار ممتلكاً على شريكه نصيبه وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار

(٣) وبه قال محمد . أفاده السرخسي ، لأننا نقول : ما اكتسبه قبل عقد الكتابة ملك المولى فهو بمنزلة مال آخر للمولى في يده فلا يستحقه المكاتب بمطلق الكتابة وهذا لأن الاستحقاق بالعقد إنما يثبت فيما يضاف إليه العقد وإنما أضيف العتد هنا إلى رقبته دون ماله فلا يستحق به المال كما في البيع ونحن نسلم أنه يعتمد

عن عبد الله بن عمر أنه رد مكاتبه حين عجز وكسر مكاتبته (١) عند غير قاض . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لا يجوز ذلك إلا عند قاض . وكذلك لو أتى القاضى فقال : قد عجزت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يرده . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أردده حتى يجتمع عليه نجمان (٢) قد حلا عليه في يوم خاصم إليه . ثم قال أبو يوسف بعد : لا أردده حتى أنظر فإن كان نجمه قريبا وكان يرجي لم يعجل عليه

قال : وإذا تزوج المكاتب (٣) أو وهب هبة أو أعتق عبداً أو كفّل بكفالة أو كفّل عنه رجل لمولاه بالذى عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله باطل لا يجوز . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : نكاحه وكفالاته باطل وما تكفل به رجل عنه لمولاه فهو جائز . وأما عتقه وهبته فهو موقوف ، فإن عتق أمضى ذلك ، وإن رجع مملوكا فذلك كله مردود (٤) .

الكتابة يمكنه من التصرف ولكن يمكنه من ذلك لمنافعه لا لماله ويعقد الكتابة يصير هو أحق بمنافع نفسه عندنا — السرخسى

(١) روى ابن أبي شيبة من طريق أبان البجلي عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاما له على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده في الرق

(٢) قال السرخسى : وقول ابن أبي ليلى كفول أبي يوسف أنه لا يرد إلى الرق حتى يجتمع عليه نجمان

(٣) قال السرخسى : وعندنا لا يملك أن يزوج نفسه ولا عبده ولكن يملك أن يزوج أمته لما فيه من اكتساب المال ، وبطلان كفالاته عنده ليس بطريق أنه ينزع ولكن بطريق انعدام المحلية ، لأن الكفالة التزام المال في الذمة عنده ولهذا يوجب براءة الأصل ، وقيام الرق فيه يخرج من أن يكون أهلا للالتزام المال في ذمته عنده فلهذا قال : لا تنفذ كفالاته بعدما عتق

(٤) قال السرخسى : فأما عندنا عتقه وهبته باطلان عجز أو عتق ، لأن نفوذ

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : كيف يجوز عتقه وهبته وكيف تجوز الكفالة عنه لمولاه ؟ رأييت رجلا كفل لرجل عن عبده كفالة أليست باطلا ؟ فكذلك مكاتبه . وبهذا نأخذ . وبلغنا عن إبراهيم أنه قال : لا يجوز أن يكفل الرجل للرجل بمكاتبته عبده ، لأنه عبده وإنما كفل له بماله ^(١) . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : إذا كان له مال حاضر فقال : أؤديه اليوم أو غدا ، فإنه كان يقول : يؤجله ثلاثة أيام

باب في الأيمان

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا قال الرجل لعبده : إن بعثتك فأنت

هذا التصرف باعتبار حتمية الملاك والرق ينافي الأهلية لذلك . وأما كفالاته فلا تكون صحيحة مالم يمتنع فإذا عتق نفذ ، بمنزلة كفالة العبد فإن ذمته خالص حقه ولكن الدين لا يجب في ذمة الرقيق إلا شاعلا مالية رقبته وذلك حق المولى باعتبار أن تصرفه لاقي محلا هو حقه كان صحيحا في حقه ، وباعتبار أنه معلق بمالية المولى . قلنا : ثابتة تؤخر المطالبة عنه إلى حال العتق . ولو كفل إنسان عنه ببدل الكتابة لمولاه لم يجوز عندنا لأن الكفالة تستدعي ديننا صحيحا وقيام الرق يمنع وجوب دين صحيح للمولى على مملوكه ، لأنه التزام للمطالبة والمطالبة ببدل الكتابة لا تقوى في حق المكاتب ولهذا يملك أن يعجز نفسه

(١) أخرجه أبو يوسف في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن رجلا تكفل لرجل بمال عن مكاتبته أن ذلك باطل ، وكيف يجوز وإنما كفل بماله عن عبده ؟ وأخرجه عنه في متمام آخر ولفظه : الكفالة عن المكاتب ليست بشيء لأنه كفل له بماله . وأخرجه محمد أيضا في آثاره عنه أنه قال في الكفالة في المكاتبه ليست بشيء وإنما هو مالك كفل لك به ، وذلك أنه لو عجز وقد أخذت من الكفالة بعض مكاتبته رد المكاتب في الرق ولم يكن لك مأخذت ، لأن مأخذت منهم فهو ملك لهم وفي رقبة عبدك . قال محمد : وبه نأخذ ، إذا كفل الرجل الرجل بالمكاتبه عن مكاتبته فالكفالة باطلة ، وهو قول أبي حنيفة رضى الله عنه

حرثم باعه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يعتق ، لأن العتق إنما وقع عليه بعد البيع وبعد ما خرج من ملكه وصار لغيره . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : يقع العتق من مال البائع ويرد الثمن على المشتري ، لأنه حلف يوم حلف وهو في ملكه ^(١) . وكذلك لو قال البائع : إن كلمت فلانا فأنت حر فباعه ثم كلم فلانا ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يعتق ، ألا ترى أنه قد خرج من ملك البائع الحالف ؟ أرأيت لو أعتقه المشتري أيرجع إلى الحالف وقد صار مولى للمشتري ؟ أرأيت لو أن المشتري ادعاه وزعم أنه ابنه فأثبت القاضي نسبه وهو رجل من العرب وجعله ابنه ثم كلم البائع ذلك الرجل الذى حلف عليه أن لا يملكه أبطل دعوى هذا ونسبه ويرجع الولاء إلى الأول ؟ وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا : يرجع الولاء إلى الأول ويرد الثمن ويبطل النسب . وإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن كلمت فلانا ثم طلقها واحدة بائنة أو واحدة ، يملك

(١) وهذا بناء على أصل مختلف فيه بيننا وبينه أن فى اليمين بالطلاق والعتاق عندنا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط لحصول الجزاء ، وعنده لا يشترط ، ويعتبر قيام الملك فى المحل بالأهلية فى المتصرف وذلك لا يشترط عند وجود الشرط حتى إن من قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ثم جن الحالف ثم وجد الشرط يتبع الطلاق والعتاق ، ومعلوم أن تأثير الأهلية أكثر من تأثير الملك فى المحل . فأما إذا كان يسقط اعتبار الأهلية عند وجود الشرط فلأن يسقط اعتبار الملك فى المحل أولى . ولكننا نقول : المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكما أن تنجز العتق لا يصح إلا عند قيام الملك فى المحل فكذلك يزول الجزاء عند وجود الشرط ، إلا أنه يصير كالمنجز بذلك الكلام السابق ، وذلك الكلام صح منه فى حال إقامته والجنون إنما ينافى الأهلية للتكلم بالطلاق والعتاق على وجه يكون إيقاعا فى حتمه وهذا غير معتبر عند وجود الشرط — السرخسى

الرجعة وانقضت عدتها ثم كلم ^(١) فلانا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يقع عليه ^(٢) الطلاق الذى حلف به ، لأنها قد خرجت من ملكه ، ألا ترى أنها لو تزوجت زوجا غيره ثم كلم الأول فلانا وهى عند هذا الرجل لم يقع ^(٣) عليها الطلاق وهى تحت غيره . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : يقع عليها الطلاق ، لأنه حلف بذلك وهى فى ملكه

قال : وإذا قال الرجل : كل امرأة أتزوجها أبداً فهى طالق ثلاثا وكل مملوك أملكه فهو حر لوجه الله تعالى فاشتري مملوكا وتزوج امرأة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يقع العتق على المملوك والطلاق على المرأة ، ألا ترى أنه طلق بعد مملك وأعتق بعد مملك ؟ وقد بلغنا عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : « لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك ^(٤) » . فهذا إنما وقع بعد الملك كله ، ألا ترى أنه لو قال : إذا تزوجتها

(١) كذا فى الأصل . وفى المبسوط : « ثم كلمت » وكل محتمل

(٢) كذا فى الأصل ولعل الصواب عليها

(٣) كذا فى الأصل ولعله أيقع بهمز الاستفهام

(٤) أخرجه ابن ماجه عن عبد الرزاق عن معمر عن جوير عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن على رضى الله عنه مرفوعا ولفظه : « لا طلاق قبل النكاح » ولم يذكر العتق . وأخرج عن الزهرى عن عروة عن المسور مرفوعا : « لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك » . وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رفعه قال : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » . وروى عن اليماني عن أبى عيسى عن جابر رفعه : « لا رضاع بعد فصال ، ولا يتم بعد احتلام ، ولا عتق إلا بعد ملك ، ولا طلاق إلا بعد نكاح » وروى عن عمرو ابن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل رفعه : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » وروى عن النزال عن مسروق عن على قوله : « لا طلاق إلا بعد

أو ملكتها فهي طالق صارت طالقاً؟ وبهذا نأخذ، ألا ترى أن رجلاً لو قال لأتمته: كل ولد تلدينه فهو حر ثم ولدت بعد عشرين سنة كان حراً؟ فهذا عتق. ما لم يملك، ألا ترى أن رجلاً لو كانت عنده امرأة فقال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة بائة ثم تزوجها في العدة أو بعدها أن ذلك واقع عليها، لأنه حلف وهو يملكها ووقع الطلاق وهو يملكها؟ أرايت لو قال لعبد له: إن اشتريتك فأنت حر فباعه ثم اشتراه أما كان يعتق؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع في ذلك عتق ولا طلاق إلا أن يوقت وقتاً، فإن وقت وقتاً في سنين معلومة، أو قال: ما عاش فلان أو فلانة أو وقت مصر من الأمصار أو مدينة أو قبيلة لا يتزوج ولا يشتري منها مملوكاً، فإن ابن أبي ليلى يوقع على هذا الطلاق. وأما قول أبي حنيفة رضى الله عنه فإنه يوقع في الوقت وغير الوقت. وقد بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال: إذا وقت وقتاً أو قبيلة أو ما عاشت فلانة وقع^(١). وإذا قال الرجل: إن وطئت فلانة فهي حرة فاشتراها فوطئها، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا تعتق، من قبل أنه حلف وهو

عنكاح» وروى مثله عن عروة عن عائشة. وروى عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك»

(١) قال المولى على القارى في شرح مختصر الوقاية: وقال مالك في المشهور عنه: إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة نحو قرشية أو أرضاً نحو مكة أو نحو هذا بأن قال: كل امرأة، من غير زيادة وصف دنالك، فليس يلزمه ذلك، لما في الموطأ أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق: إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه. قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت

لا يملكها . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : تعتق فان قال : إن اشتريتك فوطئتك فأنت حرة فاشتراها فوطئها ، فهي حرة في قولهما جميعاً

باب في العارية وأكل الغلة

قال أبو يوسف : وإذا أعار الرجل الرجل أرضاً يبني فيها ولم يوقت وقتاً ثم بدا له أن يخرجها منها بعد ما بنى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : نخرجه ^(١) . ويقال للذي بنى : انتقض بناءك . وهذا نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : الذي أعاره ضامن لقيمة البنيان والبناء للمعير . وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣) . فإن وقت له وقتاً فأخرجه قبل أن يبلغ ذلك الوقت فهو ضامن لقيمة البناء في قولهما ^(٤) جميعاً

قال : وإذا أقام الرجل البينة على أرض ونخل فيها أنها له وقد أصاب الذي هي في يديه من غلة النخل والأرض والثلث ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الذي كانت في يديه ضامن لما أخذ من الثمرة . وبه نأخذ ^(٥) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا ضمان عليه في ذلك

(١) وفي نسخة الأصل : إن شاء أخرجه

(٢) وفي نسخة الأصل : وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد . والمسألة في العارية

ص ١٤١ ج ١١ من مبسوط السرخسى مع البسط والدلائل

(٣) وفي نسخة الأصل : المسعودى عن القاسم عن شريح أنه قال : أيما رجل

أذن لرجل أن يبني في ملكه ثم أخرجه ضمن البناء

(٤) وفي بعض نسخ الأصل : في قولهم . والمسألة في العارية ص ١٤١ ج ١١

من المبسوط وفيها خلاف زفر ذكرها مع الحجج

(٥) وفي بعض نسخ الأصل : وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد . والمسألة ذكرت

في العارية ص ١٤٩ ج ١١ من مبسوط السرخسى قال : ولكننا نقول : الثمرة عين

قال : وإذا زرع الرجل الأرض ^(١) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الزرع للذى كانت فى يديه وهو ضامن لما نقصت الأرض فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ويتصدق بالفضل ^(٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يتصدق بشئ وليس عليه ضمان

قال : وإذا أخذ الرجل أرض رجل إجارة سنة وعملها وأقام فيها سنتين ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن لما نقصت الأرض فى السنة الثانية ويتصدق بالفضل ويؤملى أجر السنة الأولى ^(٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه أجر مثلها فى السنة الثانية

قال : وإذا وجد الرجل كنزاً قديماً فى أرض رجل أو داره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو لرب الدار وعليه الخمس وليس للذى وجدته منه شئ ^(٤) . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو للذى وجدته وعليه الخمس ^(٥) ولا شئ لصاحب الدار والأرض فيه . وبه نأخذ ، والله أعلم

باب فى الأجير والإجارة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا اختاف الأجير والمستأجر

مال متقوم بدليل جواز بيعها وهى مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه
فيكون المصيب ضامناً لماله بالاتلاف كولد الجارية والحمل فى الشاة إذا أتلّفها

(١) وفى نسخة من الأصل : وإذا غصب الرجل الأرض فزرعها

(٢) وفى نسخة من الأصل زاد : وهو قول محمد

(٣) وهو قول محمد . أفاده فى الأصل

(٤) وهو قول الامام محمد كما ذكره فى الأصل

(٥) وفى نسخة : ويخمس ، وكذا فى الحرف الذى قبله . والمسألة فى ختم كتاب

الإعارة من المبسوط .

في الأجرة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل . وبهذا نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول الأجير فيما بينه وبين أجر مثله إلا أن يكون الذى ادعى أقل فيعلمه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، وينبغى كذلك فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف بعد : إذا كان شئ متقارب قبلت قول المستأجر وأحلفته ، وإذا تفاوت لم أقبل وأجعل للعامل أجر مثله إذا حلف

(١) وبه قال محمد . والمسألة فى كتاب الاجارة من المبسوط ص ٩٣ ج ١٥ قال : ولو اختلفنا فى الأجر وقد عمله عملا على ما وصفه له ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العامل ، لأنه يثبت الزيادة فى حقه وهو الأجر فترجح بينته بذلك ، وإن قال رب الخلف : عملته لى بغير أجر ، وقال العامل : عملته بدرهم ولا بينة بينهما ، فعلى رب الخلف اليمين لله ما شرطه على درهم ، لأن العامل يدعى عليه الدرهم ديناً فى الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين ، فإذا حلف غرم له ما زاد النعل فى خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر ، لأن رب الخلف يدعى عليه هبة النعل ، وهو لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف عليه ، وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يبق نعله متصلاً بخلف الغير باذن صاحب الخلف فتجب قيمته ، لاحتباس ملك الغير عنده ، ولا يجب أجر المثل لأن المنفعة لا تقوم إلا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك ، فأما العين متقوم بنفسه . ولو أقاما البينة أخذت ببينة العامل ، لاثباته الزيادة ، إلى أن قال : ولو اختلف القصار ورب الثوب فى مقدار الأجرة ، فإن لم يكن أخذ فى العمل تحالفا وترادا ، لأن الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين فى البدل فيعم ذلك أنواع البيوع ، ثم قال : وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب ، إلى أن قال : ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل ، ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقى تحالفاً اعتباراً للبعض بالكل ، إلى أن قال : وعلى قول ابن أبى ليلى : القول قول الأجير إلى أجر مثله كما فى مسألة الصباغ الخ

قال : وإذا استأجر الرجل بيتاً شهراً يسكنه فسكنه شهرين أو استأجر دابة إلى مكان فجاوز بها ذلك المكان ^(١) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الأجر فيما سمي ولا أجر له فيما لم يسم ، لأنه قد خالف وهو ضامن حين خالف ولا يجتمع عليه الضمان والأجرة . وبهذا تأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : له الأجر فيما سمي ، وفيما خالف إن سلم ، وإن لم يسلم ذلك ضمن ولا نجعل عليه أجراً في الخلاف إذا ضمنه

قال : وإذا تكارى الرجل دابة ليحمل عليها عشرة محاتيم ^(٢) فحمل عليها أكثر من ذلك فعطبت الدابة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن قيمة الدابة بحساب ما زاد عليها وعليه الأجر تاماً إذا كانت قد بلغت

(١) وعند السرخسى : ثم عطبت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الأجر ، وعلى قول ابن أبي ليلى ليس عليه شيء من الأجر . قال : لأن الأجر والضمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الضمان ، ولأنه بالضمان ملك المضمون ، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بملك نفسه ، ولكننا نقول : لما انتهى العقد نهاية وتقرر الأجل ديناً في ذمته ثم بالمجاوزة صار غاصباً ضامناً فلا يسقط عنه الأجر بذلك ، بمنزلة ما لو أوردها على صاحبها ثم ذصبها منه . وهذا لأن المالك بالضمان إنما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المجاوزة ، والأجر إنما لزمه بمقابلة منافع استوفاهما قبل ذلك . قلت : وذكر المسألة في الاجارة في ص ١٥١ ج ١٥ أيضاً وقال معللاً لها : لأنه غاصب في السكنى ، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد ، وعند ابن أبي ليلى أجر مثلها في الشهر الثانى . وقد بينا نفاذه في العارية ، وذكرت في ص ١٧٣ من هذا الجزء أيضاً وقال فيها : لم يضمن عند الامام في قوله الأول ثم رجع

(٢) المختوم : الصاع بعينه عن أبي عبيد ، ويشهد له حديث الخدرى : «الوسق ستون مختوما» — من المغرب

المكان . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه قيمتها تامة ولا أجر عليه (١)

قال : وإذا غرقت السفينة الملاح فغرق الذى فيها وقد حمله بأجر فغرقت فى مده أو معالجته السفينة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا ضمان عليه فى المد خاصة

باب القسمة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل فى دار لا يكون بيتاً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أيهما طلب القسمة وأبى صاحبه قسمت له ، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير ؟ وبهذا نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يتسم شئ منها

(١) قال فى باب ما يضمن فيه الأجير ص ١٢ ج ١٦ من المبسوط : ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر محتوما فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الأجر كاملاً ، لاستيفاء المعقود عليه بكأله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما زاد . وقد بينا هذا فى العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية فى بنى آدم أن الاعتبار هناك عدد الجناة فى حق ضمان النفس الخ

(٢) قال فى المبسوط ص ١٠ ج ١٢ : قال أبو حنيفة فى الملاح إذا أخذ الأجر فإن غرقت السفينة من ريح أو موج أو شئ وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح ، لأن التلف حصل من عمله ، وإن غرقت من مده أو معالجته أو حذفه فهو ضامن ، لأن هذا من جنابة يده والملاح أجير مشترك

(٣) قال السرخسى فى القسمة ص ١٣ ج ١٥ : فإن كانت دار بين رجلين

باب الصلاة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أتى الرجل إلى الإمام في أيام التشريق وقد سبقه بركعة فسلم الإمام عند فراغه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يقوم الرجل فيقضى ولا يكبر معه ، لأن التكبير ليس من الصلاة إنما هو بعدها . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يكبر ثم يقوم فيقضى

قال : وإذا صلى الرجل في أيام التشريق وحده أو المرأة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تكبير عليه ولا تكبير على من صلى في جماعة في غير مصر جامع ولا تكبير على المسافرين . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليهم التكبير . أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة ^(٢) عن إبراهيم أنه قال : التكبير

وإذا أحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبي ذلك صاحب القليل عندنا . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها ، وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصبتهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينه ، وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة . ثم احتج لكلا القولين

(١) قال في المبسوط ج ٢ ص ٤٥ : والمسبوق يتابع الإمام في سجود السهو ، لأنه مؤدى في حرمة الصلاة ولا يتابعه في التكبير والتلبية لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة . وعلى هذا إذا نسي الإمام سجود السهو لم يسجد القوم لأنه مؤدى في حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لا يأتون به دونه ، وإذا نسي التكبير أو التلبية أو تركهما متأولا لم يترك القوم لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة

(٢) هو عبيدة مصغرا ابن معتب بكسر المثناة الضبي أبو عبد الرحيم ، وفي نسخة عبد الكريم الكوفي . روى عن إبراهيم النخعي وأبي وائل ، وعنه شعبة وهشيم .

على المسافرين وعلى المقيمين وعلى الذى يصلى وحده وفى جماعة ، وعلى المرأة . وبه نأخذ (١) . حدثنا مجالد (٢) عن عامر مثله

قال : وإذا أدرك الإمام وهو راكع فكبر معه ثم لم يركع حتى رفع الإمام رأسه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة . أخبرنا بذلك (٣) عن الحسن عن الحكم عن إبراهيم . وبه نأخذ .

قال ابن عدى : مع ضعفه يكتب حديثه . علق له البخارى فرد حديث . وروى له أبو داود والترمذى وابن ماجه

(١) قال فى المبسوط ج ٢ ص ٤٤ : وقال أبو يوسف ومحمد : كل من يصلى مكتوبة فى هذه الأيام فعليه التكبير مسافرا كان أو مقبلا فى المصر أو القرية رجلا أو امرأة فى الجماعة أو وحده . وهو قول إبراهيم ، لأن هذه التكبيرات فى حق غير الحاج بمنزلة التلبية فى حق الحاج ، وفى التلبية لا تراعى هذه الشروط فكذلك فى التكبيرات ، وأبو حنيفة احتج بما رويناه « لا جمعة ولا تشريق إلا فى مصر جامع » قال الخليل والنضر بن شميل : التشريق فى اللغة التكبير ، ولا يجوز أن يحمل على صلاة العيد فقد قال فى حديث على رضى الله عنه : « لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا ضحى إلا فى مصر جامع » فقد ثبت فى الحديث أنه بمنزلة الجمعة فى اشتراط المصر فيه ، فكذلك فى اشتراط الذكورة والاقامة والجماعة ، ولهذا لم يشترط أبو حنيفة فيه الحرية كما لا يشترط فى صلاة الجمعة

(٢) هو مجالد بن سعيد بن عمير الهمدانى أبو عمرو الكوفى أحد الأعيان ، روى عن الشعبي وأبى الوداك وطائفة ، وعنه ابنه اسماعيل والثورى وابن المبارك وخلق . ضعفه ابن معين . وقال ابن عدى : عامة ما يرويه غير محفوظ . وقال النسائى : ثمة وعنه ليس بالقوى . روى له مسلم مقرونا والأربعة . مات سنة ١٤٤

(٣) أى أبو يوسف . وهذه مقولة الإمام محمد راوى الكتاب ، والحسن هو ابن عمارة والحكم هو ابن عتيبة . قلت : روى البيهقى من طريق على بن عاصم عن خالد الخذاء عن على بن الأقرع عن أبى الأحوص عن عبد الله يعنى ابن مسعود قال : من لم يدرك الإمام راكعا لم يدرك تلك الركعة . وروى عن الوليد بن مسلم عن مالك

وكان ابن أبي ليلى يقول : يركع ويسجد ويحتسب بذلك من صلاته (١)
وكان أبو حنيفة رضى الله عنه ينهى عن القنوت في الفجر . وبه نأخذ (٢) .

وابن جريج عن نافع أنه كان يقول : من أدرك الامام راكعا فركع قبل أن يرفع
الامام رأسه فقد أدرك تلك الركعة . وروى عن أبي هريرة مرفوعا « من أدرك ركعة
من الصلاة فتد أدركها قبل أن يتم الامام صلبه » وروى عن شعبة عن عبد العزيز
ابن ربيع عن رجل مرفوعا : « إذا جئتم والامام راكع فاركعوا ، وإن كان ساجدا
فاسجدوا ولا تعتدوا بالسجود إذا لم يكن معه الركوع » وفي رواية « من لم يدرك
الركعة لم يدرك الصلاة » وفي رواية عن أبي هريرة رفعه : « إذا جئتم ونحن سجدون
فاسجدوا ولا تعتدوا شيئا ، من أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة »

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه محتجا لابن أبي ليلى : لأن حالة الركوع
بمنزلة حالة القيام ، فان القائم إنما يفارق القاعد فى استواء النصف الأسفل منه
دون النصف الأعلى . والراكع فى هذا والمتصف سواء ، ولهذا لو ركع معه كان
مدركا للركعة فكان إدراكه إياه فى حالة الركوع وإدراكه فى حالة القيام سواء ،
ولو أدركه قائما ثم سبته الامام بالركوع والسجود فإنه يتابعه يركع ويستجد
ويكون مدركا للركعة فكذلك هنا . ولكننا نقول : شرط إدراك الركعة أن يشارك
الامام فى حتمية القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا
للكعة ، فاذا رفع الامام رأسه قبل أن يركع هو فقد انعدمت المشاركة بينهما
فى القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع ، فاذا أدركه قائما فقد شاركه فى حتمية
القيام وكان مدركا للركعة . وأما إذا أدركه راكعا فهو لم يشاركه فى حتمية القيام
فلا بد من أن يشركه فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا للركعة ،
فاذا رفع الامام رأسه قبل أن يركع فقد انعدمت المشاركة بينهما فى القيام وفيما
هو مشبه للقيام فلا يعتمد تلك الركعة ، كما لو أدرك فى السجود ، إلى أن قال : فأما
إذا ركع قبل أن يرفع الامام رأسه فهو مشارك للامام فى القيام والركوع جميعا ،
أما فى الركوع فلا يشكل ، وفى القيام لأن حالة الركوع كحالة القيام ، فهذا الحرف
يقع الفرق بين الفصلين

(٢) قلت : وهو قول الامام محمد ، وقول جميع أصحابنا لا يجوزون القنوت

فى صلاة الصبح إلا فى النازلة

ويحدث به عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لم يقنت إلا شهراً واحداً حارب حياً من المشركين فقنت يدعو عليهم^(١) وأن أبا بكر رضى الله عنه

(١) قلت : رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عنه عن حماد عن إبراهيم مرسل ، وكذلك عن إبراهيم عن علامة عن عبد الله رضى الله عنه موصولاً ، والمرسل أخرجه الامام محمد أيضاً في آثاره . والموصول أخرجه الحارثي أيضاً والأشثاني وابن خسرو عن الأشثاني من طريق الامام أبي يوسف عنه ، وأخرجه طلحة وابن خسرو عنه عن أبان بن أبي عياش عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله ، وأخرجه الحارثي من طريق محمد بن بشر عنه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يقنت إلا أربعين يوماً يدعو على عصية وذكوان ، ثم لم يقنت إلى أن مات ، قلت : حديث الدعاء على عصية ورعل وذكوان أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن أنس وغيره ، وأما فعل أبي بكر فأخرجه أبو يوسف في آثاره عن حماد عن إبراهيم أن أبا بكر رضى الله عنه لم يقنت حتى لحق بالله تعالى . وأخرجه الأشثاني وابن خسرو عنه من طريق أبي عبد الرحمن المقرئ عنه عن حماد عن إبراهيم عن علامة : قنت أبو بكر في الفجر حتى لحق بالله عز وجل ، وأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم بلفظ : ما قنت أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على حتى حارب أهل الشام فكان يقنت . وأما حديث ابن مسعود فأخرجه الامام محمد في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود لم يقنت هو ولا أحد من أصحابه حتى فارق الدنيا ، يعني في صلاة الفجر ، وأما حديث عمر رضى الله عنه فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود قال : صحبت عمر رضى الله عنه سنتين لم أره قانتاً في سفر ولا حضر ، وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه وابن خسرو من طريق الحسن عنه ، وأخرجه أبو يوسف أيضاً في آثاره عنه عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب أن عمر كان يقنت إذا حارب ويدع القنوت إذا لم يحارب ، وأخرجه طلحة ابن محمد أيضاً من طريق أبي يوسف عنه وابن خسرو من طريق أبي مطيع البلخي عن شريك بن عبد الله عنه . وأخرجه الطحاوي من طريق أبي شهاب الخياط عنه . وأخرجه من طريق مسعر عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن

لم يقنت حتى لحق بالله عز وجل ، وأن ابن مسعود رضى الله عنه لم يقنت
في سفر ولا في حضر ، وأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يقنت ، وأن
ابن عباس رضى الله عنهما لم يقنت ، وأن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما
لم يقنت وقال : ي أهل العراق أنبئت أن إمامكم يقوم لا قارىء قرآن ولا
راكع ، يعنى بذلك القنوت ، وأن علياً رضى الله عنه قنت في حرب يدعو على
معاوية فأخذ أهل الكوفة عنه ذلك ، وقنت معاوية رضى الله عنه بالشام

وهب عنه أنه ربما قنت وربما لم يقنت . وأما حديث ابن عباس فلم أجده من
أخرجه عن الامام . وأخرجه الامام محمد في الحجة عن أبي يوسف عن حصين عن
عمرو بن الحارث السلمي قال : صليت مع ابن عباس الصبح مرارا فلم يقنت . وأخرجه
عن أبي إسرائيل إسماعيل بن إسحاق عن طلحة بن مصرف عن مجاهد عن ابن عمر
وابن عباس أنهما كانا لا يقنتان . وأخرجه الطحاوي في معاني الآثار من طريق
الثوري عن واقد عن سعيد بن جبير قال : صليت خلف ابن عمر وابن عباس فكانا
لا يقنتان في صلاة الصبح . وأخرجه من طريق زائدة عن منصور عن مجاهد
أو سعيد أن ابن عباس كان لا يقنت في صلاة الفجر . ورواه عن طريق هشيم عن
حصين عن عمران بن الحارث السلمي قال : صليت خلف ابن عباس في داره الصبح
فلم يقنت قبل الركوع ولا بعده . ورواه عن شعبة عن حصين عن عمران : صليت
خلف ابن عباس الصبح فلم يقنت . وأما حديث ابن عمر فأخرجه
أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن الصلت بن بهرام عن حوط عن أبي الشعثاء
عنه . وأخرجه الاشناني أيضا من طريق أبي يوسف عنه وطلحة بن محمد في مسنده
من طريق عبد الله بن الزبير عنه بالسند المذكور . وأما حديث علي رضى الله عنه
فمخرجه في ضمن حديث أبي بكر رضى الله عنه . وأخرجه أبو يوسف أيضا
في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن عليا رضى الله عنه قنت يدعو على معاوية
رضى الله عنه حين حاربه فأخذ أهل الكوفة عنه ، وقنت معاوية يدعو على علي
فأخذ أهل الشام عنه . وكذلك أخرجه محمد في آثاره عنه

يدعو على على رضى الله عنه فأخذ أهل الشام عنه ذلك . وكان ابن أبي ليلى يرى القنوت فى الركعة الآخرة بعد القراءة وقبل الركوع فى الفجر ، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قنت بهاتين السورتين : اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ، ونثنى عليك الخير ، ونشكرك ولا نكفرك ، ونخلع ونترك من يفجرك ، اللهم إياك نعبد ، ولك نصلى ونسجد ، وإليك نسعى ونحفد ، ونرجو رحمتك ونخشى عذابك ، إن عذابك بالكفار ملحق . وكان يحدث عن ابن عباس عن عمر رضى الله عنهم بهذا الحديث ^(١) ويحدث عن على رضى الله عنه أنه قنت ^(٢)

(١) قلت : رواه الطحاوى فى معانى الآثار عن سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن عبيد بن عمير قال : صليت خلف عمر رضى الله عنه صلاة الغداة فقنت فيها بعد الركوع وقال فى قنوته : اللهم إنا نستعينك . إلى آخر الحديث بلفظ الكتاب . ورواه عن سعيد عن هشيم عن حصين عن ذرب عن عبد الله الهمدانى عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبى عن أبيه أنه صلى خلف عمر ففعل مثل ذلك إلا أنه قال : « ونثنى عليك ولا نكفرك ، ونخشى عذابك الجذ » . ورواه عن وهب بن جرير عن شعبة عن عبدة بن أبى لبابة عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبى عن أبيه أن عمر قنت فى صلاة الغداة قبل الركوع بالسورتين . وروى عن وهب عن شعبة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقنت فى صلاة الصبح بسورتين : اللهم إنا نستعينك ، واللهم إياك نعبد . وروى عن همام عن قتادة عن أبى رافع قال : صليت خلف عمر بن الخطاب صلاة الصبح فقرأ بالأحزاب فسمعت قنوته وأنا فى آخر الصفوف . وروى عن سفيان وإسرائيل عن مخرق عن طارق بن شهاب قال : صليت خلف عمر صلاة الصبح فلما فرغ من القراءة فى الركعة الثانية كبر ثم قنت ثم كبر فركع

(٢) وأخرجه الطحاوى فى شرح معانى الآثار من طريق هشيم عن عطاء بن

باب صلاة الخوف

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول فى صلاة الخوف (١) : يقوم الامام وتقوم معه طائفة فيكبرون مع الامام ركعة وسجدين ويسجدون معه فيفتلون من غير أن يتكلموا حتى يقفوا بازاء العدو ثم تأتى الطائفة التى كانت بازاء العدو فيستقبلون التكبير ثم يصلى بهم الامام ركعة أخرى وسجدين ويسلم الامام فيفتلون هم من غير تسليم ولا يتكلموا فيقوموا بازاء العدو وتأتى الأخرى فيصلون ركعة وحدانا ثم يسلمون ، وذلك لقول الله عز وجل : «ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا

السائب عن أبى عبد الرحمن عن على أنه كان يقنت فى صلاة الصبح قبل الركوع . ورواه من طريق ابن معقل عنه

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٢ ص ٤٥ : اعلم أن العلماء اختلفوا فى صلاة الخوف فى فصول : أحدها أنه مشروع بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف أولا كذلك ثم رجع فقال : كانت فى حياته خاصة ولم تبق مشروعة بعده . هكذا ذكره فى نوادر أبى سليمان لقوله تعالى : « وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة » فتد شرط كونه فيهم لاقامة صلاة الخوف ، ولأن الناس كانوا يرغبون فى الصلاة خلفه مالا يرغبون فى الصلاة خلف غيره ، فشرع بصفة الذهاب والمجيء لينال كل فرقة فضيلة الصلاة خلفه ، وقد ارتفع هذا المعنى بعده . وكل طائفة يتمكنون من أداء الصلاة بامام على حدة فلا يجوز لهم أدائها بصفة الذهاب والمجيء . قال الامام الطحاوى : وهذا القول عندنا ليس بشيء ، لأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قد صلوا بعده ، قد صلوا حذيفة بطبرستان ، وما فى ذلك فأشهر من أن يحتاج إلى أن نذكره هاهنا ، فان احتج فى ذلك بقوله تعالى : « وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة » الآية فقال : إنما أمر بذلك إذا كان فيهم فإذا لم يكن فيهم انقطع ما أمر به من ذلك ، قيل له : فقد قل

معك». وكذلك بلغنا عن عبدالله بن عباس وإبراهيم النخعي^(١). وكان ابن أبي ليسلى يقول: يقوم الإمام والطائفتان جميعاً إذا كان العدو بينهم وبين القبلة فيكبر ويكبرون ويركع ويركعون جميعاً ويسجد الإمام والصف الأول ويقوم الصف الآخر في وجوه العدو، فإذا رفع الإمام رفع الصف الأول رءوسهم وقاموا وسجد الصف المؤخر، فإذا فرغوا من سجودهم قاموا ثم تقدم الصف المؤخر، ويتأخر الصف الأول فيصلى بهم الإمام الركعة الأخرى

عز وجل: «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم» الآية فكان الخطاب هاهنا له، وقد أجمع أن ذلك كان معمولاً به من بعده كما كان يعمل به في حياته. ولقد حدثني أحمد بن أبي عمران أنه سمع أبا عبدالله محمد بن شجاع الثلجي يعيب قول أبي يوسف هذا ويقول: إن الصلاة مع النبي صلى الله عليه وسلم وإن كانت أفضل من الصلاة مع الناس جميعاً فإنه لا يجوز لأحد أن يتكلم فيها بكلام يقطعها فلا ينبغي أن يفعل فيها شيئاً لا يفعله في الصلاة مع غيره وأنه يقطعها ما يقطع الصلاة خلف غيره من الأحداث كلها، فلما كانت الصلاة خلفه لا يقطعها الذهاب والمجيء واستدبار القبلة إذا كانت صلاة خوف، كانت خلف غيره كذلك أيضاً — شرح معاني الآثار ج ١ ص ١٨٩

(١) أخرجهما أبو يوسف ومحمد في آثارهما. أما حديث ابن عباس فعن الإمام عن الحارث بن عبدالرحمن عنه، وأخرجه محمد في كتاب الحجة أيضاً. وأما أثر إبراهيم فأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم. قلت: روى أبو داود والطحاوي والبيهقي عن سفیان عن خصيف عن أبي عبيدة عن ابن مسعود مرفوعاً نحوه ما روى الإمام عن إبراهيم. وروى عن ابن عمر مرفوعاً نحوه أخرجه مالك والستة والطحاوي والبيهقي. وروى أبو داود عن عبدالرحمن بن سمرة أنه صلى في غزوة كابل نحوه. وروى عن زيد بن ثابت على ما رواه أبو داود والطحاوي والبيهقي قرياً منه يمكن أن يحمل على ما رواه ابن مسعود، وكذلك صلى بهم سعيد بن العاص بطبرستان حين غلبه حذيفة، رواه الطحاوي وغيره

كذلك^(١) ويحدث بذلك ابن أبي ليلى عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في دبر القبلة قام الامام وصف معه مستقبل القبلة والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعا ويركع ويركعون جميعا ثم يسجد الصف الذى مع الإمام سجدتين ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويحيى الآخرون فيسجدون ويصلى بهم الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعا ويسجد معه الصف الذى معه ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويحيى الآخرون فيسجدون ويفرغون ثم يسلم الإمام وهم جميعا

(١) قال فى المبسوط ج ٢ ص ٤٦: وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو فى ناحية القبلة جعل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعا، فإذا ركع الامام ركعوا معه، وإذا سجد الامام سجد معه الصف الأول، والصف الثانى قيام يحرسونهم، وإذا رفعوا رءوسهم سجد الصف الثانى والصف الأول قعود يحرسونه فإذا رفعوا رءوسهم سجد الامام السجدة الثانية وسجد معه الصف الأول والصف الثانى قعود يحرسونهم، فإذا رفعوا رءوسهم سجد الصف الثانى والصف الأول قيام يحرسونهم، فإذا رفعوا رءوسهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثانى فصلى بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضاً، فإذا قعد وسلم سلموا معه. واستدل بحديث أبى عياش الزرقى رضى الله عنه، أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف بعسفان بهذه الصفة، وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لأنه ليس فيها ذهاب ويحيى. وعندنا إذا كان العدو فى ناحية القبلة، فإن صلوا بهذه الصفة أجزأهم وإن صلوا بصفة الذهاب والحيى كما بينا أجزأهم، لأن ظاهر الآية شاهد لذلك. قال الله تعالى: «ولأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك»

(٢) وأخرجه البيهقى من طريق عبدة ويحيى بن سعيد القطان عن عبد الملك عن عطاء عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوى والبيهقى من طريق أبى الزبير عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوى والبيهقى عن مجاهد عن أبى عياش الزرقى رضى الله عنه مثل حديث جابر

قال : وإذا جهر الإمام في صلاة لا يجهر فيها بالقراءة عمداً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : قد أساء وصلاته تامة . وكان ابن أبي ليلى يقول : يعيد بهم الصلاة

قال : وإذا صلى الرجل أربع ركعات بالليل ولم يسلم فيها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا بأس بذلك . وكان ابن أبي ليلى يقول : أكره ذلك له حتى يسلم في كل ركعتين . وبه نأخذ ^(١) . قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يكبر على الجنائز أربعاً . وكان ابن أبي ليلى يكبر خمساً على الجنائز ^(٢) .

(١) قلت : وهو قول الامام محمد أيضاً ، قال في المبسوط ج ١ ص ١٥٨ : والأربع أحب إلى . وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، فأما عندهما فالأفضل ركعتان لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صلاة الليل مثنى مثنى ففي كل ركعتين فسلم » واستدلوا بالتراويج ، فإن الصحابة اتفقوا على أن كل ركعتين منها بتسليمة ، فدل أن ذلك أفضل . ولنا ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليالي رمضان فقالت : كان قيامه في رمضان وغيره سواء ، كان يصلي بعد العشاء أربع ركعات لاتسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم أربعاً لاتسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم كان يوتر بثلاث . ولأن في الأربع بتسليمة معنى الوصل والتتابع في العبادة فهو أفضل . والتطوع نظير الفرائض والفرض في صلاة الليل العشاء وهي أربع بتسليمة فكذلك النفل . وأما قوله : ففي كل ركعة فسلم ، معناه فتشهد ، والتشهد يسمى سلاماً لما فيه من السلام ، وصلاة التراويج إنما جعلوها ركعتين بتسليمة واحدة ليكون أروح على البدن ، وما يشترك فيه العامة بينى على اليسر ، فأما الأفضل فهو أشق على البدن الخ

(٢) وفي المبسوط ج ٢ ص ٦٣ : والصلاة على الجنائز أربع تكبيرات . وكان ابن أبي ليلى يقول : خمس تكبيرات ، وهو رواية عن أبي يوسف . والآثار قد

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يكره أن يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا جهرت فحسن ، وإذا أخفيت فحسن ^(١)

قال : وذكر عن ابن أبي ليلى عن رجل توضأ ومسح على خفيه من حدث ثم نزع الخفين قال : يصلى كما هو ، وحدث بذلك عن الحكم عن إبراهيم .

اختلفت في فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فروى الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك إلا أن آخر فعله كان أربع تكبيرات ، فكان هذا ناسخا لما قبله ، وإن عمر رضى الله عنه جمع الصحابة حين اختلفوا في عدد التكبيرات وقال لهم : إنكم اختلفتم فمن يأتي بعدكم أشد اختلافا فانظروا آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فخذوا بذلك ، فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعاً فانفقوا على ذلك ، ولأن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة في سائر الصلوات وإيسر في المكتوبات زيادة على أربع ركعات إلا أن ابن أبي ليلى يقول : التكبيرة الأولى للافتتاح فينبغي أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة . وأهل الزيغ يزعمون أن علياً رضى الله عنه كان يكبر على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعاً . وهذا افتراء منهم عليه ، فقد روى أنه كبر على فاطمة رضى الله عنها أربعاً . وروى أنه إنما صلى على فاطمة أبو بكر رضى الله عنه وكبر عليها أربعاً ، وعمر صلى على أبي بكر وكبر أربعاً

(١) قال الامام السرخسى في ص ١٧ من المجلد الأول من مبسوطه : وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : يتخير الامام في التسمية بين الجهر والخافتة . وهذا مذهبه في كل ما اختلف فيه الاثر كرفع اليد عند الركوع ، وتكبيرات العيد ، ونحوها ، يستدل بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من استجمر فليوتر من فعل هذا فقد أحسن ، ومن لا فلا حرج » وهذا ضعيف ، فإن آخر الفعلين يكون ناسخا لأولهما والقول بالتخير بين الناسخ والمنسوخ عملاً لا يجوز

وذكر أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال : لا يصلي حتى يغسل رجله (١) وبه نأخذ . قال : وذكر عن الحكم (٢) أيضا عن إبراهيم أنه قال : لا بأس بعد الآي في الصلاة

قال : وإذا توضأ الرجل بعض وضوئه ثم لم يتمه حتى جف ما قد غسل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يتم ما قد بقى ولا يعيد على ماضى . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا كان فى طلب الماء أو فى الوضوء فإنه يتم ما بقى ، وإن كان قد أخذ فى عمل غير ذلك أعاده على ما جف (٣) .

(١) وأخرجه هو فى آثاره أيضا ومحمد أيضا فى آثاره . قال السرخسى فى ج ١ ص ١٠٢ من مبسوطه : وعن إبراهيم النخعى فيه ثلاثة أقوال : روى حماد عنه كما هو مذهبا ، وروى ابن أبي ليلى عن الحكم عنه أنه لا شيء عليه ، وروى الحسن ابن عماره عن الحكم عنه أن عليه استقبال الوضوء . وجه هذه الرواية أن انتقاض الوضوء لا يحتتمل التجزى كانتقاضه بالحدث ، ووجه الرواية الأخرى أن الطهارة الكاملة لا تنتقض إلا بالحدث فى شيء من الأعضاء ، ونزع الخف ليس بحدث ، ووجه قولنا أن استتار القدم بالخف كما يمنع سرية الحدث إلى القدم وذلك الاستتار بالخلع يزول فيسرى ذلك إلى القدم فكأنه توضأ ولم يغسل رجله فعليه غسلهما . والرجلان فى حكم الطهارة كشيء واحد ، فإذا وجب غسل إحداهما وجب غسل الأخرى ضرورة أنه لا يجمع بين المسح والغسل فى عضو واحد

(٢) وذكر : أى ابن أبي ليلى مثل ما ذكر فوجه عن الحكم . كذلك روى هنا . قلت : وأخرج أبو يوسف فى آثاره عن الامام عن حماد عن إبراهيم أنه كره عد الآي فى الصلاة

(٣) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ص ٥٦ : وقال ابن أبي ليلى : إن كان فى طلب الماء أجزأه ، لأن ذلك من عمل الوضوء ، فإن كان أخذ فى عمل آخر غير ذلك وجف وجب علينا إعادة ما جف ، وجعله قياس أعمال الصلاة إذا اشتغل فى خلالها بعمل آخر . ولنا ما بينا أن المقصود تطهير الأعضاء وذلك حاصل

حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن سعيد بن جبير ^(١) عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : لا يمسح وجهه من التراب فى الصلاة حتى يتشهد ويسلم ^(٢) وبه نأخذ . حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح التراب عن وجهه فى الصلاة قبل أن يسلم ^(٣) . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يرى بذلك بأسا . وبه نأخذ ^(٤)

بدون الموالاة والمنصوص عليه فى الكتاب غسل الأعضاء ، فلو شرطنا الموالاة كان زيادة على النص . وقد بينا أن مواظبة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تكون لبيان السنة ، وأفعال الصلاة تؤدى بناء على التحريمة ، والاشتغال بعمل آخر مبطل للتحريمة فكان مفسدا ، بخلاف الوضوء فان أركان الوضوء لا تنبى على التحريمة حتى لم يكن الكلام فى الوضوء مفسدا له . والله أعلم

(١) هو سعيد بن جبير ، الوالى مولاهم ، الكوفى ، الفقيه أحد الأعلام . روى عن ابن عباس وابن عمر وعبد الله بن مغفل وعدى بن حاتم وخلق ، وعنه الحكم وسلمة بن كهيل وسليم الأحول وسليمان الأعمش وأيوب وعمرو بن دينار وخلائق . وقال اللالكائى : إمام حجة . وقال عبد الملك بن أبى سليمان : كان يختم فى كل ليلتين . قال ميمون بن مهران : مات سعيد وما على وجه الأرض إلا وهو محتاج إلى علمه . قتل سنة خمس وتسعين كهلا . قتله الحجاج فما أمهل بعده . قال خلف بن خليفة عن أبيه : شهدت مقتل ابن جبير فلما بان الرأس قال : لا إله إلا الله لا إله إلا الله ، فلما قالها الثالثة لم يتمها رضى الله عنه . قلت : هو من رواية الستة

(٢) قلت : قال البيهقى : وروى عن ابن عباس أنه قال : « لا يمسح وجهه من التراب فى الصلاة حتى يتشهد ويسلم » ولم يذكر سنده
(٣) قلت : وأخرجه عنه فى آثاره أيضا . وأخرجه محمد أيضا فى آثاره . قال محمد : لا نرى بأسا بمسحه ذلك قبل التشهد والتسليم ، لأن تركه يؤذى المصلى وربما شغله عن صلاته ، وهو قول أبى حنيفة
(٤) قال فى المبسوط ص ٢٧ : ولو مسح جبهته من التراب قبل أن يفرغ من

باب الزكاة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان على رجل دين ألف درهم وله على الناس دين ألف درهم وفي يده ألف درهم ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس عليه زكاة فيما في يديه حتى يخرج دينه فيزيكه (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه فيما في يديه الزكاة

صلاته لا بأس به ، لأنه عمل مفيد فإن التصاق التراب بجهته نوع مثله فربما كان الحشيش الملتصق بجهته يؤذيه فلا بأس به . ولو مسح بعد ما رفع رأسه من السجدة الأخيرة لا خلاف في أنه لا بأس به ، فأما قبل ذلك فلا بأس به في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف قال : أحب إلى أن يدعه ، لأنه يتترب ثانيا وثالثا فلا يكون مفيدا . ولو مسح لكل مرة كان عملا كثيرا ، ومن مشائخنا من كره ذلك قبل الفراغ من الصلاة وجعلوا القول قول محمد رحمه الله في الكتاب : لا ، مفصولا عن قوله : أكرهه فإنه قال في الكتاب : قلت : لو مسح جهته قبل أن يفرغ من صلاته قال لا أكرهه يعني لا تفعل فاني أكرهه ، الحديث ابن مسعود رضى الله عنه : « أربع من الجفاء : أن تبول قائما ، وأن تسمع النداء فلم تجبه ، وأن تنفخ في صلاتك ، وأن تمسح بجهتك في صلاتك » . وتأويله عند من لا يكرهه من أصحابنا المسح باليدين كما يفعله الداعي إذا فرغ من الدعاء في غير الصلاة اه . قلت : تأويل قول محمد غير مرضى كما علم من تصريحه في الآثار

(١) قال الامام السرخسى في مبسوطه ج ٢ ص ١٩٥ : ثم الديون على ثلاث مراتب عند أبي حنيفة رضى الله عنه : دين قوى وهو ما يكون بدلا عن مال كان أصله للتجارة لو بقي في ملكه ، ودين وسط وهو أن يكون بدلا عن مال لا زكاة فيه لو بقي في ملكه كثياب البذلة والمهنة ، ودين ضعيف وهو ما يكون بدلا عما ليس بمال : كالمر ، وبذل الخلع ، والصلح عن دم العمد ، ففي الدين القوى لا يلزمه الأداء مالم يقبض أربعين درهما فاذا قبض هذا المقدار أدى درهما وكذلك كلما قبض أربعين درهما ، وفي الدين المتوسط لا يلزمه الأداء مالم يقبض مائة درهم

قال : وكان ابن أبي ليلى يقول : زكاة الدين على الذى هو عليه . فقال أبو حنيفة رضى الله عنه : بل هى على صاحبه الذى هو له إذا خرج ، كذلك بلغنا عن على بن أبي طالب رضى الله عنه ^(١) . وهذا نأخذ

حينئذ يؤدى خمسة دراهم ، وفى الدين الضيف لا تلزمه الزكاة ما لم يقبض ويحول الحول عنده ، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضى الله عنهم أن الدين نوعان وجعل الوسط كالضعيف ، وهو اختيار الكرخى على ما ذكره فى المختصر . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الديون كلها سواء لا تجب الزكاة فيها قبل القبض وكلها قبض شيئا يلزمه الاداء بتمدره ، قل أو أكثر ، ما خلا دين الكتابة فإنه لا يجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض ، وذكر الكرخى أن المستثنى عندهما دينان : الكتابة والدية على العاقلة الخ . قلت : ومعنى قول الامام ليس عليه زكاة فيما يديه أنه ممرور إلى ما عليه من الدين ، ولا يصرف الدين إلى الدين ، والله أعلم بالصواب

(١) أخرجه الامام محمد فى كتاب الآثار ، وكتاب الحجية عن الامام عن الهيثم عن ابن سيرين عن على بن أبي طالب رضى الله عنه قال : « إذا كان لك دين على الناس فقبضته فزكه لما مضى » . قال محمد : وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة ، ثم ذكر عن إبراهيم زكاتها على الذى يستعملها وينتفع بها . قال محمد : ولسنا نأخذ بهذا ، ولسنا نأخذ بقول على : زكاتها على صاحبها إذا قبضها زكاها لما مضى . قلت : وحديث على أخرجه أبو عبيد فى كتاب الأموال والبيهقى من طريقه عن يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عبيدة عن على رضى الله عنه فى الدين الظنون . قال : إن كان صادقا فليزكه إذا قبضه . قال البيهقى : قال أبو عبيد : قوله . « الظنون » هو الذى لا يدري صاحبه أيقضيه الذى عليه الدين أم لا ؟ كأنه الذى لا يرجوه . وأخرجه ابن أبي شيبة أيضا . قلت : وأخرج البيهقى من طريق سفیان عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال : « زكوا ما كان فى أيديكم وما كان من دين فى ثقة فهو بمنزلة ما فى أيديكم ، وما كان من دين ظنون فلا زكاة فيه حتى يقبضه ، وأخرج أبو عبيدة من طريق يحيى بن

قال : وإذا كانت أرض من أرض الخراج . فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس فيها عشر ، لا يجتمع عشرو خراج . وبه تأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه فيها العشر مع الخراج

قال : وإذا كانت الأرض من أرض العشر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : فى كل قليل وكثير أخرجت من الحنطة والشعير والزبيب والتمر والذرة وغير ذلك من أصناف الغلة ، العشر ونصف العشر . والقليل والكثير فى ذلك سواء وإن كانت حزمة من بقل . وكذلك حدثنا

أيوب عن عبد الله بن سليمان أو ابن أبي سليمان عن سعيد بن أبي هلال عن أبي النضر عن ابن عباس قال فى الدين : إذا لم ترج أخذه فلا تركه حتى تأخذ فإذا أخذه فركه عنه ما عليه — من ص ٣٢٤

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٢ ص ٢٠٨ : وجه قولنا ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يجتمع العشر والخراج فى أرض رجل مسلم » ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يأخذ العشر من أرض السواد مع كثرة احتياهم لأخذ أموال الناس ، وكفى بالاجماع حجة ، ثم الخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الأرض النامية ولا يجتمع المقتان بسبب أرض واحدة وسببهما لا يجتمع ، فان سبب وجوب الخراج فتح الأرض غنوة وثبوت حق الغانمين فيها ، وسبب وجوب العشر إسلام أهل البلدة طوعاً وعدم ثبوت حق الغانمين فيها وبينهما تناف ، فإذا لم يجتمع السببان لا يثبت الحكمان جميعاً . قلت : أما حديث ابن مسعود فأخرجه الحارثى وطلحة بن محمد والأشنانى وابن خسرو من طريقه والقاضى أبو بكر كلهم من طريق يحيى عن عنبسة عن الامام أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عاتمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يجتمع على مسلم عشر وخراج فى أرض »

أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس في شيء من ذلك عشر إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب . ولا يكون فيه العشر حتى يبلغ خمسة أو ستى فصاعداً . والوسق عندنا : ستون صاعاً . والصاع مختوم بالحجاجي^(٢) وهو ربع بالهاشمي الكبير ، وهو ثمانية أرطال . والمد رطلان . وبه نأخذ^(٣) . وقال أبو يوسف : ليس في البقول والخضراوات

(١) وأخرجه عنه في الخراج والآثار أيضاً . وأخرجه الامام محمد في آثاره هكذا من قول إبراهيم . وأخرجه ابن خسرو في مسنده من طريق أبي مطيع عنه عن أبان بن أبي عياش عن أنس مرفوعاً : « في كل شيء أخرجت الأرض العشر أو نصف العشر » قال أبو حنيفة : ولم يذكر صاعكم . قلت : وأخرجه البزار عن قتادة عن أنس . وروى البخاري عن ابن عمر رفعه : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً العشر ، وفيما سقى بالنضح نصف العشر » وروى ابن ماجه عن معاذ رضى الله عنه : بعثنى النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فأمرني أن آخذ مما سقت السماء وما سقى بفلاة ، العشر ، وما سقى بالدوالي نصف العشر .

(٢) في المغرب : والحجاج في الأعلام يحتمل أن يكون من الحجج : الغلبة بالحجة ، أو من القصد . وبه سمي ابن يوسف وإليه ينسب الصاع ، لأنه اتخذته على صاع عمر رضى الله عنه فيقال : الصاع الحجاجي والقفيز الحجاجي ، وهو ربع الهاشمي ، وهو ثمانية أرطال . وفيه : والمختوم الصاع بعينه عن أبي عبيد ، ويشهد له حديث الخدرى : « الوسق ستون مختوما » . قلت : روى يحيى بن آدم القرشى عن إسرائيل عن أبي إسحاق قال : قدم علينا الحجاج من المدينة فقَالَ : إني قد اتخذت لكم مختوماً على صاع عمر بن الخطاب . قال أبو عبيد في الأموال : وإنما سمي مختوماً لأن الأمراء جعلت على أعلاه خاتماً مطبوعاً لئلا يزداد فيه ولا ينقص منه .

(٣) وفي المبسوط ج ٣ ص ٢ : ثم عند أبي حنيفة العشر يجب في القليل من الخارج وكثيره ولا يعتبر فيه النصاب لعموم الحديثين ، يعنى بهما قوله عليه السلام :

عشر ولا أرى في شيء من ذلك عشرا إلا الخطئة والشعير والحبوب .
وليس فيه شيء حتى يبلغ خمسة أوسق ^(١)

« ما سقت السماء ففيه العشر ، وما أخرجت الأرض ففيه العشر » وما روى عن ابن عباس أنه حين كان واليا بالبصرة أخذ العشر من البقول من كل عشر دستجات دستجة ، كما روينا ، ولأن النصاب في أموال الزكاة كان معتبرا لحصول صفة الغنى للمالك بها وذلك غير معتبر لايجاب العشر ، فإن أصل المال هنا لا يعتبر فهو وخمس الركاك سواء . والأصل عندهما أنه لا يجب العشر فيما دون خمسة أوسق مما يدخل تحت الوسق ، والوسق سترن صاعا ، فخمسة أوسق ألف ومائتا من . واحتجا فيه بقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » . وأبو حنيفة يقول : تأويل الحديث زكاة التجارة ، فانهم كانوا يتبايعون بالأوساق كما ورد به الحديث فقيمة خمسة أوسق مائتا درهم . والتفصيل في المبسوط

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٢ : والأصل عند أبي يوسف ومحمد أن ما ليست ثمرة باقية متصودة فلا شيء فيه كالبقول والخضر والرياحين ، إنما العشر فيما له ثمرة باقية متصودة . واحتجا فيه بحديث موسى بن طلحة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس في الخضر وات صدقة » وتأويله عند أبي حنيفة صدقة تؤخذ : أى لا يأخذ العاشر من الخضر وات إذا مر بهاء عليه ثم قال : ما كان تأفها عادة يتيسر وجوده على الغنى والفتير فلا يجب فيه حق الله تعالى كما لا تجب الزكاة في الصيود والخطب والحشيش . وإنما يجب حق الله فيما يعز وجوده فينا له الأغنياء دون الفقراء كالسوائم ومال التجارة فكذلك هنا ماله ثمرة باقية يعز وجوده ، فأما الخضر وات فتافهة عادة ، ولهذا أوجبنا في الزعفران ، ولم نوجب في الورس والوسمة لأنه لا ينتفع بهما انتفاعا عاما ، وأبو يوسف أوجب في الحناء لأنه ينتفع به انتفاعا عاما ، ولم يوجب فيه محمد لأنه من الرياحين . وفي الثوم والبصل روايتان عن محمد قال في إحدى الروايتين : هما من الخضر فلا شيء فيهما ، وفي الرواية الأخرى قال : يقعان في الكيل وبيتيان في أيدي الناس من حول إلى حول فيجب فيهما العشر . والبطيخ والقثاء ، والخيار ، لا شيء فيهما عندهما ، لأنها من الرطاب

قال : وإذا كان لرجل إحدى وأربعون بقرة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا حال عليها الحول ففيها مسنة وربع عشر مسنة ^(١) وما زاد فبحساب ذلك إلى أن تبلغ ستين بقرة . وأظنه حدثه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم . وكان ابن أبي ليلى يقول : لاشيء في الزيادة على الأربعين حتى تبلغ ستين بقرة . وبه نأخذ . وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاشيء في الأوقاص ^(٢) » والأوقاص عندنا ما بين الفريضتين . وبه نأخذ ^(٣)

وبزرها غير مقصود فلا يكون مغتبرا ، وكذلك في الثمار قال : لاشيء في الكمثرى والخوخ والمشمش والاجاص ، وما يحفف منها لا يعتبر . وأوجبنا في الجوز واللوز العشر ، وفي الفستق على قول أبي يوسف يجب العشر ، وعلى قول محمد لا يجب ^(١) زاد في المبسوط ج ٢ ص ١٨٧ : أو ثلث عشر تبع . فلعله سقط ههنا من الأصل قلت : وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ففيها مسنة أو ربع مسنة أو ثلث تبع ، وروى أسد بن عمرو عنه أنه ليس في الزيادة شيء حتى تكون ستين ففيها تبعان . وهو قول أبي يوسف ومحمد ^(٢) رواه البزار والدارقطني من طريق المسعودي عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا إلى اليمن — الحديث فلما رجع سأل النبي صلى الله عليه وسلم عنه يعني الوقص فقال : « ليس فيها شيء » قال المسعودي : والأوقاص ما بين الثلاثين إلى الأربعين ، والأربعين إلى الستين . قال البزار : تفرد به بريمة عن المسعودي ، وتابعه الحسن بن عمار عن الحكم ، ورواه الحفاظ عن الحكم عن طاوس مراسلا — دراية . قلت : قال في المغرب : الوقص دق العنق وكسرها ، والوقص أيضاً ما بين الفريضتين كالشقق ، وقيل الأوقاص في البقرة والشناق في الابل

^(٣) وهو قول محمد أيضاً . وجه قول الامام أن نصب النصاب بالرأى لا يكون وإنما يكون طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الأربعين إلى الستين

قال : وإذا كان للرجل عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم خال عليها الحول ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى الزكاة : يضيف أقل الصنفين إلى أكثرهما ثم يزيكه إن كانت الدنانير أقل من عشرة دراهم بدينار تقوم الدراهم دنانير ثم يجمعها جميعاً فتكون أكثر من عشرين مثقالاً من الذهب فيزيكها فى كل عشرين مثقالاً نصف مثقال فما زاد فليس فيه شيء من الزكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها عشر مثقال . وإذا كانت الدنانير أكثر من عشرة دراهم بدينار قوم الدنانير دراهم وأضافها إلى الدراهم فتكون أكثر من مائتى درهم . ففى كل مائتين خمسة دراهم ولا شيء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين درهماً ، فإذا بلغت فى كل أربعين زادت بعد المائتين درهم . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا زكاة فى شيء من ذلك حتى يبلغ الذهب عشرين مثقالاً وتبلغ الفضة مائتى درهم ولا يضيف بعضها إلى بعض ويقول : هذا مال مختلف بمنزلة رجل له ثلاثون شاة وعشرون بقرة وأربعة أبعرة فلا يضاف بعضها إلى بعض ^(١) . وقال ابن أبى ليلى :

فاذا تعذرا اعتبار النصاب فيه أوجبنا الزكاة فى قليله وكثيره بحساب ما سبق ، وحديث معاذ رضى الله عنه المراد به حال قلة العدد فى الابتداء ، فإن الوقص فى الحقيقة اسم لما لم يبلغ نصاباً وذلك فى الابتداء يكون . وقيل المراد بالأوقاص الصغار وهى العجاجيل وبه نقول إنه لا شيء فيها — من المبسوط

(١) وفى المبسوط ج ٢ ص ١٩٢ : ولنا حديث بكير بن عبد الله بن الأشج رضى الله عنه قال : من السنة أن يضم الذهب إلى الفضة لايجاب الزكاة ، ومطلق السنة ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنهما مالا ن يكمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل نصاب أحدهما بالآخر كالسود مع البيض والنيسابورى من الدنانير مع الهروى . وبيان الوصف أن نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجارة ، وهذا لأنهما وإن كانا جنسين مختلفين صورة ففى حكم

مازاد على المائتي درهم والعشرين المثقال من شيء، فبحساب ذلك ما كان من قليل أو كثير. وبهذا نأخذ في الزيادة (١). وقال أبو حنيفة رضي الله عنه

الزكاة هما جنس واحد حتى يتفق الواجب فيهما فيتقدر بربع العشر على كل حال، ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معنى واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما، فإذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما إلى الآخر اختلفت الرواية فيما يؤدي فروى الحسن ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يؤدي من مائة درهم درهمين ونصفاً ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، ووجهه أنه أقرب إلى المعادلة والنظر من الجانبين، وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدي الزكاة من نوع واحد، وهذا أقرب إلى موافقة نصوص الزكاة. ثم اختلفوا في كيفية الضم فقال أبو حنيفة: يضم أحدهما إلى الآخر باعتبار القيمة، وقال أبو يوسف ومحمد: باعتبار الأجزاء، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ذكره في نوادر هشام. ويان ذلك أنه إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوى مائة درهم أو خمسون درهماً وعشرة مثاقيل ذهب تساوى مائة وخمسين درهماً، فعند أبي حنيفة يضم أحدهما إلى الآخر وتجب الزكاة، وعندهما يضم باعتبار الأجزاء وقد ملك نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلا يجب فيهما شيء. ثم عند أبي حنيفة يعتبر في التقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روى عنه أنه إذا كان للرجل مائة وخمسة وتسعون درهماً ودينار يساوى خمسة دراهم أنه تجب الزكاة، وذلك أن يقوم الذهب بالفضة. إلى أن قال محتجاً للإمام: وأبو حنيفة يقول: هما عينان وجب ضم أحدهما إلى الآخر لا يجاب الزكاة فكان الضم باعتبار القيمة كعروض التجارة، وهذا لأن كمال النصاب لا يكون إلا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون إلا باعتبار صفة المالية دون العين، فان الأموال أجناس باعتبار أعيانها، جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها الخ

(١) وبه قال محمد وهو قول علي وابن عمر وإبراهيم النخعي رضي الله عنهم. وقال طاوس: لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ مائتي درهم، ويجب في كل مائتي درهم خمسة دراهم. واحتجوا بحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «في مائتي درهم خمسة دراهم وما زاد فبحساب ذلك».

ليس فيما زاد على المائتين شيء حتى يبلغ أربعين درهما (١). وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (٢). وقال أبو يوسف رضي الله عنه : لا يقوم الذهب ولا الفضة إنما الزكاة على وزنه ، جاءت بذلك السنة ، إن كان له منها خمسة عشر مثقالا ذهباً لم يكن عليه فيها زكاة ولو كان قيمتها ألف درهم ، لأن الحديث إنما جاء في عشرين مثقالاً . ولو كان له مع ذلك أربعون درهما لم يزك حتى يكون خمسين درهما ، فإذاكمل من الأخرى أوجبت فيه الزكاة . وكذلك لو كان نصف من هذا ونصف من هذا ففيه الزكاة فيضيف بعضه إلى بعض ويخرجه دراهم أو دنانير ، وإن شاء زكى الذهب والفضة بحصتهما أى ذلك فعل أجزأه . ولو كان له مائتا درهم وعشرة مثاقيل زكى المائتى درهم بخمسة دراهم وزكى العشرة المثاقيل بربع مثقال

واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « وفي كل مائتى درهم خمسة دراهم وفي كل أربعين درهما درهم » ولم يرد به في الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين . وفي حديث معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : « لا تأخذ من الكسور شيئاً وفي مائتى درهم خمسة دراهم فما زاد على ذلك ففي كل أربعين درهما درهم » وقاس بالسوائم ففيها وقص بعد النصاب الأول ، وكذلك في التمود بعلّة أن الزكاة واجبة في السكل على وجه يحصل به النظر للفقراء وأرباب الأموال . وحديث على رضي الله عنه لم يتمله أحد من الثقات مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالمصير إلى ما رويناؤه أولى — مبسوط

(١) وهو قول عمر رضي الله عنه كما في المبسوط

(٢) وفي الجوهر النقي : وروينا من طريق ابن أبي شيبه عن عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول عن الحسن البصري قال : كتب عمر إلى أبي موسى : فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهما درهم . قال : وأخرجه الطحاوى في أحكام القرآن من وجه آخر عن أنس عن عمر نحوه قال : وروى ابن أبي شيبه بسند صحيح عن محمد الباقر رفعه : « إذا بلغت خمس أواق ففيها خمسة دراهم وفي كل أربعين درهما درهم »

قال: ولو أن رجلاً له مائتا درهم وعشرة مثاقيل ذهباً، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: إذا حال عليها الحول يضيف بعضه إلى بعض ويزكيه كله. وقال ابن أبي ليلى: هذان مالان مختلفان تجب الزكاة على الدراهم ولا تجب على الذهب. وقال أبو يوسف: فيه الزكاة كله، ألا ترى أن التاجر يكون له المتاع للتجارة وهو مختلف فيقومه ويضيف بعضه إلى بعض ويزكيه؟ وكذلك الذهب والفضة. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أمر رجلاً تاجراً أن يقوم تجارته عند الحول فيزكيها^(١)

باب الصيام

قال أبو يوسف رضى الله عنه: وإذا اكتحل الرجل في شهر رمضان أو غير رمضان وهو صائم، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا بأس بذلك. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يكره ذلك^(٢) ويكره أن يدهن شاربه بدهن يجد طعمه وهو صائم

(١) رواه أبو عبيد في الأموال عن يحيى بن سعيد وأبي معاوية ويزيد أى ابن هارون عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن أبي سلة عن أبي عمرو بن حماس عن أبيه قال: «مررت بعمر فقال: يا حماس أد زكاة مالك، فقلت: مالى مال إلا جعاب وأدم فقال: قومها قيمة ثم أد زكاتها» وأخرجه الشافعى وأحمد وعبد الرزاق وابن أبي شيبة وسعيد بن منصور والبيهقى والدارقطنى عنه رضى الله عنه

(٢) وفي المبسوط ج ٣ ص ٦٧: والاكتحال لا يضر الصائم وإن وجد طعمه في حلقة. وكان إبراهيم يكره للصائم أن يكتحل، وابن أبي ليلى كان يقول: إن وجد طعمه في حلقة فطره لوصول الكحل إلى باطنه. ولنا حديث أبي رافع «أن النبي صلى الله عليه وسلم دعا بمكحلة لإثمد في رمضان فاكحل وهو صائم». وعن ابن مسعود قال: «خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء من بيت

قال : وإذا صام الرجل يوما من شهر رمضان فشك أنه من شهر رمضان
ثم علم بعد ذلك أنه من رمضان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : يجزيه .
وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجزيه ذلك وعليه قضاء
يوم مكانه

أم سلمة وعيناها مملوءتان كحلا حلقته أم سلمة . وصوم يوم عاشوراء في ذلك الوقت كان
فرضا ثم صار منسوخا ، ثم ما وجد من الطعم في حلقته أثر الكحل لا عينه كمن
ذاق شيئا من الأدوية المرة يجد طعمه في حلقته فهو قياس الغبار والدخان ، وإن
وصل عين الكحل إلى باطنه فذاك من قبل المسام لا من قبل المسالك إذ ليس من
العين إلى الحلق مسلك ، فهو نظير الصائم يشرع في الماء فيجد برودة الماء في كبده
وذلك لا يضره . وعلى هذا إذا دهن الصائم شاربته . فأما السعوط والوجور
يفطره لو صوله إلى أحد الجوفين إما الدماغ أو الجوف ، والفطر مما يدخل . ولا
كفارة عليه لأن معنى الجنابة لا يتم به ، فإن اقتضاء الشهوة لا يحصل به إلا في رواية
هشام عن أبي يوسف أن عليه الكفارة إذا لم يكن به عذر

(١) قال في المبسوط ج ٣ ص ٦٠ : ولنا حديث على وعائشة رضى الله عنهما
أنهما كانا يصومان يوم الشك ، وكانا يقولان : لأن نصوم يوما من شعبان أحب
إلينا أن نفطر يوما من رمضان ، وإنما كانا يصومان بنية النمل ، لا جماعنا على
أنه لا يباح صوم يوم الشك بنية القرض فلولا أن عند التبين يجوز الصوم عن القرض
لم يكن لهذا التحرز منهما معنى . وقال في ص ٦٣ : رجل أصبح صائما في رمضان
قبل أن تبين أنه من رمضان ثم تبين أنه منه فصومه جائز وقد أساء حين تقدم
الناس ، ومراده في هذا يوم الشك ، ومعنى الشك أن يستوى طرف العلم وطرف
الجهل بالشيء ، وإنما يتبع الشك من وجهين : إما أن غم هلال شعبان فوقع الشك
أنه اليوم الثلاثون منه أو الحادى والثلاثون ، أو غم هلال رمضان فوقع الشك
في اليوم الثلاثين أنه من شعبان أو من رمضان ، ولا خلاف أنه يكره الصوم فيه
بنية القرض لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين »
ولأنه حين نوى القرض فقد لمعت الفريضة فيما ليس بفرض وذلك كاعتقاد النفلية

قال : وإذا أفطرت المرأة يوماً من رمضان متعمدة ثم حاضت من آخر النهار ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس عليها كفارة وعليها القضاء . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليها الكفارة وعليها القضاء (١)

فيما هو فرض ، ولكن مع هذا إذا تبين أن اليوم من رمضان فضومه تام ، لأن النهى ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه . فأما إذا صام فيه بنية النفل فلا بأس به عندنا ، وهو الأفضل

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٧٥ : رجل جامع امرأته في يوم من رمضان ثم حاضت المرأة ومرض الرجل في ذلك اليوم ، سقطت عنهما الكفارة عندنا ، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا تسقط . إلى أن قال : وقال زفر : تسقط عنها بعذر الحيض ولا تسقط عنه بعذر المرض . وجه قول ابن أبي ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر فوجب الكفارة ديناً في الذمة ، والحيض والمرض لا ينافي بقاء الكفارة ، ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم هنا فاعتراضهما في اليوم والليل سواء ، وهو قياس السفر بعد الفطر لا يستقط الكفارة ليلاً أو نهاراً . وزفر رحمه الله تعالى يفرق ويتمول : الحيض ينافي الصوم وصوم يوم واحد لا يتجزئ فتقرر المنافي في آخره يمكن شبهة المنافاة في أوله فأما المرض لا ينافي الصوم فلا يتمكن بالمرض في آخر النهار شبهة المنافاة في أوله للصوم . ولكننا نقول : المرض ينافي استحقاق الصوم بدليل أنه لو لم يفطر حتى مرض يباح له الفطر . والكفارة لا تجب إلا بالفطر في صوم مستحق واستحقاق الصوم في يوم واحد لا يتجزأ فتقرر المنافاة للاستحقاق في آخر النهار يمكن شبهة منافاة الاستحقاق في أوله ، بخلاف السفر فإنه غير مناف للاستحقاق ، حتى لو لم يفطر حتى سافر لا يباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر في آخر النهار شبهة في أوله ، بخلاف ما إذا لم يفطر حتى سافر ثم أفطر لأن سقوط الكفارة هناك باعتبار الصور المبيحة ، والصور المبيحة إنما تعمل إذا اقترنت بالسبب ، ولا إسناد في الصور ، إنما ذلك في المعاني ، ثم السفر فعله ، والكفارة إنما وجبت حقاً لله تعالى فلا يسقط بفعل.

قال : وإذا وجب على الرجل صوم شهرين من كفارة إفطار من رمضان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذاك الشهران متتابعان ليس له أن يصومهما إلا متابعين . وذكر أبو حنيفة نحوه من ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليسا بمتابعين ^(٢)

العبد باختياره ، بخلاف المرض والحيض فإنه سماوى لا صنع للعباد فيه ، فإذا جاء العذر من له الحق سقطت به الكفارة ، فإن سافر به مكرها فتمدح في اختلاف زفر ويعتوب رحمهما الله تعالى أن على قول أبي يوسف رضى الله تعالى عنه لا تسقط به الكفارة ، لأن الصنع للعباد فيه ، فهو قياس مالو أكره على الأكل بعد ما أفطر ، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تسقط ، لأنه لا صنع له فيه . ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر رحمه الله تعالى ، فإن عنده بالمرض لا تسقط الكفارة فبالسفر مكرها كيف تسقط ؟

(١) أخرجه أبو يوسف عن الامام عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسل وكذلك أخرجه الامام الحسن بن زياد في مسنده ، وطلحة بن محمد وابن المظفر وابن خسرو عنه . وأخرجه الامام محمد في الموطأ عن مالك والبخارى من طريق شعيب كلاهما عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة مسندا موصولا وفيه : شهرين متتابعين . والحديث هذا أخرجه الأئمة في كتبهم

(٢) قال الامام السرخسى في المبسوط : والصوم مقدر بالشهرين بصفة التتابع إلا على قول ابن أبي ليلى فإنه يقول : إن شاء تابع ، وإن شاء فرق بالقياس على القضاء ، وما روينا من الآثار حجة عليه . قلت : أشار إلى ما ذكر من الأحاديث التي ذكرها قبيل ذلك . منها الحديث الذي ذكرت تخريجه ، ومنها ما ذكره بقوله : ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أفطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر » . قلت قال في الدراية : لم أجده هكذا . وأخرجه الدارقطنى (أى حديث الاعرابي) من طريق مجاهد عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الذي أفطر يوما من رمضان بكفارة الظهار الخ

قال : وإذا توضأ الرجل للصلاة المكتوبة فدخل الماء حلقه وهو صائم في رمضان ذا كراً لصومه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن كان ذا كراً لصومه حين توضأ فدخل الماء حلقه فعليه القضاء ، وإن كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه . وذكر ذلك أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا قضاء عليه إذا توضأ لصلاة مكتوبة ، وإن كان ذا كراً لصومه . وقد ذكر عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : إذا توضأ لصلاة مكتوبة وهو صائم فدخل الماء حلقه فلا شيء عليه ، وإن كان توضأ لصلاة تطوع فعليه القضاء

(١) وأخرجه عنه من طريق الامام في آثاره أيضاً . وأخرجه الامام محمد أيضاً في آثاره عنه . قال محمد : وبه نأخذ إن كان ذا كراً لصومه ، فإذا كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه ، وهو قول أبي حنيفة . قلت : قال الامام السرخسى في مبسوطه ج ٣ ص ٦٦ : ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للقيط بن صبرة : « بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائماً » فالتهى عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل على أن دخول الماء في حلقه مفسد لصومه ، ولأن ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ ، وأداء العبادة بدون ركنها لا يتصور ، وهكذا القياس في الناسي ، ولكننا تركناه بالسنة وهذا ليس في معناه ، لأن التحرز عن النسيان غير ممكن والتحرز عن مثل هذا الخطأ ممكن . ثم ركن الصوم قد انعدم معنى ، فإن الذي حصل له وإن كان مخطئاً قد انعدم صورة لا معنى بأن يتناول حصاة فسد صومه ، فإذا انعدم معنى أولى ، لأن مراعاة المعاني في باب العبادات أبين من مراعاة الصور . وكان ابن أبي ليلى يقول : إن كان وضوءه فرضاً لم يفسد صومه ، وإن كان نفلاً فسد صومه لهذا . وقال بعض أهل الحديث : إن كان في الثلاث لا يفسد صومه ، وإن جاوز الثلاث يفسد صومه ، ودهم من فصل بين المضمضة والاستنشاق في الوضوء والجنابة والاعتداع على ما ذكرنا . وتأويل الحديث (عنى به « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان . وما استكرهوا عليه » كما ذكره قبل هذا

باب في الحج

قال أبو يوسف : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : لا تشعر البدن
ويقول : الاشعار مثله (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : الاشعار في السنام
من الجانب الأيسر . وبه نأخذ

قال : وإذا أهل الرجل بعمره فأفسدها فقدم مكة وقضاها ، فإن أبا حنيفة

(الاستدلال) أن المراد رفع الأثم دون الحكم وبه نقول . قلت : حديث لقيط بن
صبرة أخرجه البيهقي من طريق سفيان عن إسماعيل بن كثير عن عاصم بن لقيط
ابن صبرة عن أبيه

(١) وفي مبسوط السرخسي ج ٤ ص ١٣٨ : وأما الاشعار فهو مكروه
عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما هو حسن في البدنة وإن ترك لم يضره .
وصفة الاشعار هو أن يضرب بالمبضع في أحد جانبي سنام البدنة حتى يخرج الدم
منه ثم يلطخ بذلك الدم سنامه . سمي ذلك إشعاراً بمعنى أنه جعل ذلك علامة له .
والاشعار : هو الاعلام . وكان ابن أبي ليلى يقول : الاشعار في الجانب الأيسر
من السنام . وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أشعر البدن بيده .
وهو مروي عن الصحابة ظاهر حتى قال الطحاوي : ما كره أبو حنيفة أصل الاشعار
وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار ؟ ! وإنما كره إشعار أهل زمانه ،
لأنه رأهم يستقصون ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصاً
في حر الحجاز فرأى الصواب في سد هذا الباب على العامة ، لأنهم لا يراعون
الحد . فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك .
ثم حجتهما من حيث المعنى ، لأن المقصود من الاشعار والتقليد إعلام بأنها بدنة
حتى إذا ضلت ردت ، وإذا وردت الماء والعلف لم تمنع ، لكن هذا المقصود
بالتقليد لا يتم لأن القلادة تحل ويحتمل أن تسقط منه فانما يتم بالاشعار لأنه
لا يفارقه فكان الاشعار حسناً لهذا . وأبو حنيفة يقول : معنى الاعلام بالتقليد
يحصل ، وهو لا كرام البدنة ، وليس في الاشعار معنى الاكرام « بل ذلك يؤذي

رضى الله عنه كان يقول : يحزبه أن يقضيها من التنعيم . وبه نأخذ . وكان

ابن أبي ليلى يقول : لا يحزبه أن يقضيها إلا من ميقات بلاده ^(١)

قال : وإذا أصاب الرجل من صيد البحر شيئاً سوى السمك ، فإن

أباً حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا خير في شيء من صيد البحر سوى

السمك ، وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا بأس بصيد البحر كله ^(٢)

البدنة ، ولأن التجليل مندوب إليه ، وإنما كان مندوباً لدفع أذى الذباب ، والاشعار
من جوارب الذباب فلهذا كرهه أبو حنيفة رضى الله عنه

(١) قال السرخسى فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى من مبسوطه
محتجاً لابن أبى ليلى : لأنه إنما يقضى ما فاتته فعليه أن يقضيها كما فاتته . ثم القضاء
بصفة الأداء ، فإذا كان هو فى أداء هذه العمرة إنما أحرم لها من الميقات فكذلك
فى القضاء ، ولكننا نستدل بحديث عائشة رضى الله عنها ، فإنها لما حاضت بسرف
بعد ما أحرمت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ارفضى عمرتك واصنعى
جميع ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت » ثم أمرأخاها عبد الرحمن بن أبى بكر
رضى الله عنهما أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التى فاتتها ، ولأن ما يلزمه
بالشروع معتبر بما يلزمه بالنذر . ومن نذر عمرة فأداها من التنعيم خرج عن
موجب نذره ، ولأنه وصل إلى مكة بالاحرام الفاسد فيجعل كما لو وصل إليها
باحرام صحيح ، فكما أن هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة فى الاحرام فى الحج والعمرة
الواجب وغير الواجب فى ذلك سواء ، فكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة فى حكم
قضاء هذه العمرة

(٢) قال السرخسى : والذى يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة
فأما طير البحر لا يرخص فيه للمحرم ، ويجب الجزاء بقتله . وهذا لأن الله تعالى
أباح صيد البحر مطلقاً بقوله عز وجل : « أحل لكم صيد البحر » الآية . فالبحر
والخلال فيه سواء ، ولأن المحرم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل فى صيد
البحر لا يتحقق ، ولأن صيد البحر ما يكون بحرى الأصل والمعاش كالسمك ، فأما
الطير فهو برى الأصل بحرى المعاش ، لأن تولده يكون فى البر دون الماء فيكون

وقال أبو يوسف رحمه الله : سألت أبا حنيفة رضى الله عنه عن حشيش الحرم فقال : أكره أن يرعى من حشيش الحرم شيئاً أو يحتش (١) منه . قال : وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال : لا بأس أن يحتش من الحرم ويرعى منه (٢) . قال : وسألت الحجاج بن أرطاة فأخبرنى أنه سأل عطاء بن أبي رباح

من صيد البر ، ألا ترى أن ما يكون مائى الأصل وإن كان قد يعيش فى البر كالضفدع جعل ما ئياً باعتبار أصله . حتى لا يجب على المحرم بقتله شيء ؟ فكذلك ما يكون برى الأصل لا يرخص للمحرم فيه . قال ابن الهمام فى الفتح : واختلف فى أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط ؟ فى المحيط : كل ما يعيش فى الماء يحل قتله وصيده للمحرم اه قال بعضهم : كالسمك والضفدع والسرطان ، وكلب الماء . وفى مناسك الكرماني : الذى يرخص من صيد البحر هو السمك خاصة ، والأصح هو الأول ، لأن قوله تعالى : « أحل لكم صيد البحر وطعامه » يتناول بحقيقته عموم ما فى البحر . وفى البدائع : أما صيد البحر فيحل اصطیاده للحلال والمحرم جميعاً ما كولا أو غير ما كول ، واستدل بالآية ، وأما ما فى الأصل من قوله : والذى رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما الطير فلا يرخص فيه للمحرم ، فتمد شرحه فى المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة وأن المراد ما يقابل المائى بالسمك ، فالضفدع جعله شمس الأئمة فى المبسوط من صيد البحر مطلقاً ، وكذا قاضىخان ، . قلت : نص الامام بقوله : « لاخير فى شيء من صيد البحر سوى السمك » يأبى تأويلهم بما يفيد تعميم الإباحة بل المفهوم منه المصرح تخصيص الإباحة بالسمك . فالصحيح قول الكرماني دون ما فى المحيط ، والله أعلم

(١) فى المغرب : وحششت الحشيش : قطعته . واحتششته : جمعته — عن الجوهري

(٢) وفى المبسوط ج ٤ ص ١٠٤ : وكما لا يرخص فى قطع الحشيش فى الحرم بالمنجل فكذلك لا يرخص فى رعى الدواب فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا بأس بالرعى ، لأن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون

فقال : لا بأس أن يرعى وكره أن يحتش . وبه نأخذ . قال أبو يوسف رحمه الله : سألت أبا حنيفة رضى الله عنه ^(١) قال : لا بأس أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل . وبه نأخذ ^(٢) . قال : وسمعت ابن أبي ليلى يحدث عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أنهما كرهما أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شيئاً . وحدثنا شيخ عن رزين ^(٣) مولى على بن عبد الله بن عباس ^(٤) أن على بن عبد الله كتب إليه

على الدواب ولا يمكنهم منع الدواب من رعى الحشيش في ذلك من الحرج مالا يخفى فيرخص فيه لدفع الحرج . وعلى قول ابن أبي ليلى لا بأس بأن يحتش ويرعى لأجل البلوى والضرورة فيه . فانه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم ، ولكن أبو حنيفة ومحمد استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يختل خلاها ولا يعضد شوكتها » وفي الاحتشاش ارتكاب النهى ، وكذلك في رعى الدواب لأن مشافر الدواب كالمناجل . وإنما تعتبر البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه ، فأما مع وجود النص لا معتبر به

(١) كذا في الأصل ولعل بعض العبارة سقطت من الأصل نحو قوله عن

إخراج تراب الحرم أو نحوه ، والله أعلم

(٢) قال الامام السرخسى محتجاً بالأئمتنا : ولكننا نقول : ما جاز الانتفاع به في الحرم يجوز إخراج من الحرم كالنبات ، وما لا يجوز إخراج من الحرم لا يجوز الانتفاع به في الحرم كالصيد ، وبالإجماع له أن ينتفع بالحجارة والتراب في الحرم ، فيكون له أيضاً إخراج ذلك من الحرم . وما روى عن عمر (كذا) وابن عباس شاذ فقد ظهر عمل الناس بخلافه ، فانهم تعارفوا إخراج القدور من الحرم من غير تكبر منكر ، وإخراج التراب الذي يجمعونه من كدس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركون بذلك ، وكل أثر شاذ يكون عمل الناس ظاهراً بخلافه فانه لا يكون حجة

(٣) لم أجده في الكتب الموجودة عندي

(٤) على بن عبد الله بن عباس الهاشمى أبو محمد المدني . روى عن أبيه وأبي هريرة ، وعنه بنوه محمد وعيسى وداود وسليمان وغيرهم . قال ابن سعد : ثقة ،

أن يبعث إليه بقطعة من المروة ^(١) يتخذها مصلى يسجد عليها ^(٢)
قال : وإذا أصاب الرجل حماما من حمام الحرم ، فإن أبا حنيفة رضى الله
عنه كان يقول : عليه قيمته . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه شاة .
وسمعت ابن أبي ليلى يقول فى حمام الحرم عن عطاء بن أبي رباح شاة ^(٣)

قليل الحديث . أجمل من على وجه الأرض . ولد سنة أربعين ، كان يسجد كل يوم
ألف سجدة . مات سنة ١١٧ .

(١) فى المغرب : المروة حجر أبيض رقيق يجعل منه المظاروهى كالسكاكين
ليذبح بها

(٢) ضمير المؤنث للمروة ، وكان فى الأصل عليه بتذكير الضمير وليس
بصواب إلا أن يكون بتأويل الحجر

(٣) وهو قول محمد أيضا . وفى المبسوط ج ٤ ص ٨٣ : وأبو حنيفة وأبو يوسف
أخذوا بقول ابن عباس رضى الله عنهما فانه فسر المثل بالقيمة . والمعنى الفقهى يشهد
له ، فإن الحيوان لا مثل له من جنسه ، ألا ترى أن فى حق حقوق العباد يكون
الحيوان مضمونا بالقيمة دون المثل فكذلك فى حقوق الله تعالى ، وكما أن المثل
منصوص عليه هنا فكذلك فى حقوق العباد فى قوله تعالى « فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم » يوضحه أن المائلة بين الشيئين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند
اختلاف الجنس ، فاذا لم تكن النعامة مثلا للنعامة كيف تكون البدنة مثلا للنعامة
والمثل من الأسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير
مثلا له ، ثم لا تكون النعامة مثلا للبدنة عند الاتلاف ، فكذلك لا تكون البدنة
مثلا للنعامة ، وإذا تعذر اعتبار المائلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة .
فأما قوله : « من النعم » فتدقيل : فيه تقديم وتأخير ومعناه جزاء مثل ما قتل يحكم
به ذوا عدل منكم من النعم هديا بالغ الكعبة . إلى أن قال : وإيجاب الصحابة لهذه
النظائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة ، إلا أنهم كانوا أرباب المواشى فكان
ذلك أيسر عليهم من التثود ، وهو نظير ما قال على رضى الله عنه فى ولد المغرور :
« يفك الغلام بالغلام ، والجارية بالجارية » المراد القيمة . والاختلاف فى هذه المسألة

قال : وسئل أبو حنيفة عن المحرم يصيب الصيد فيحكم عليه فيه عناق أو جفرة أو شبه ذلك فقال : لا يجزىء في هدى الصيد إلا ما يجزىء في هدى المتعة : الجذع من الضأن إذا كان عظيماً أو الثنى من المعز والبقر والإبل فما فوق ذلك لا يجزىء مادون ^(١) ذلك ، ألا ترى إلى قول الله عز وجل في كتابه في جزاء الصيد : «هديا بالغ الكعبة» ؟ وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال : يبعث به وإن كان عناقاً أو حملاً . قال أبو يوسف : آخذ بالأثر في العناق والجفرة . وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : في ذلك كله قيمته . وبه نأخذ ^(٢)

في فصول : أحدها ما بينا ، والثاني أن الذي أتى الحكمين يقوم الصيد فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى المحرم بين التكفير بالهدى والاطعام والصيام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد الخيار إلى الحكمين ، فإذا عينا نوعاً عليه يلزمه التكفير به بعينه . والتفصيل في المبسوط فمن شاء زيادة التفصيل فليراجعه

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣ ولأن الواجب بالنص هنا الهدى قال الله تعالى «هديا بالغ الكعبة» فهو بمنزلة هدى المتعة والقران فكما لا يجزىء الحمل والعناق في هدى المتعة والقران لا يجزىء هنا (أى في هدى الجزاء) وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى جوزوا ذلك في جزاء الصيد استحساناً بالآثار التي جاءت به ، فإن الصحابة قالوا : في الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة ، ولأن الرجل قد يسمى الدراهم والثوب هدياً . ألا ترى أن الرجل لو قال : لله على أن أهدي هذه الدراهم ، يلزمه أن يفعل ذلك فالحمل والعناق أولى في ذلك ولا يستقيم قياسه على المتعة لأنه قياس المنصوص بالمنصوص ، ولأن الهدى قد يكون عناقاً وفصيلاً وجدياً ، ألا ترى أنه لو أهدي ناقة فتتجت كان ولدها هدياً معها ينحر ؟ ولو كان غير هدى لكان يتصدق به كذلك قبل النحر ، ولكن أبو حنيفة يقول : أجوزه هدياً تبعاً لما تصود كما لا يجوز التضحية تبعاً لما مقصوداً إذا نتجت الأضحية

(٢) كذا في الأصل : في ذلك كله قيمته . وبه نأخذ . والصواب حذف وبه نأخذ ، لأن أبا يوسف يخالفه في العناق والجفرة كما قال قبيل ذلك ، وإنما يوافقه

وذكر^(١) عن خصيف الجزرى^(٢) عن أبى عبيدة^(٣) عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال : فى بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه . وحدثنا داود ابن أبى هند^(٤) عن عامر مثله . وسمعت ابن أبى ليلى يقول عن عطاء بن

فى الذى لم تبلغ قيمته عناقا ولا جفرة . والمراد من القيمة تكفيره بالاطعام أو الصيام . قال فى المبسوط ج ٤ ص ٩٣ : فإذا بلغت قيمة شئ من هذه الحيوانات حملا أو عناقا لم يحزه الحمل ولا العناق من الهدى فى قول أبى حنيفة وأدنى ما يجزىء فى ذلك الجذع العظيم من الضأن أو الثنى من غيرها ، فإن كان الواجب دون ذلك كفر بالاطعام أو الصيام ، وجعل هذا قياس الاضحية فكما لا يجزىء هناك التترب باراقة دم الحمل والعناق متصودا فكذلك هنا

(١) قوله وذكر عن خصيف أى حدث أبو يوسف عن خصيف الحديث ورواه فى آثاره أيضا عنه . ورواه طلحة بن محمد من طريق عبيد الله بن موسى وأبى يوسف وابن خسرو من طريق ابن زياد عن الامام أبى حنيفة عن خصيف — الحديث . قلت : رواه البيهقى عن أبى خيثمة عن خصيف ، ومن طريق الشافعى عن سعيد بن سعيد بن بشير عن قتادة عن أبى عبيدة — الحديث ، ورواه مرفوعا أيضا عن أبى هريرة وغيره

(٢) هو خصيف بن عبد الرحمن الخضرى بكسر المعجمة الأولى ، الأموى مولاهم ، أبو عمرو الحرانى الجزرى . روى عن مجاهد وعكرمة وأبى عبيدة بن عبد الله ، وعنه ابن إسحاق والسفيانان ، وخلق . روى له الأربعة . ضعفه أحمد . ووثقه ابن معين وأبو زرعة . قال ابن عدى : إذا حدث عن ثمة فلا بأس به . توفى سنة ١٣٦ و قيل ٣٧

(٣) هو عامر بن عبد الله بن مسعود الهذلى ، أبو عبيدة الكوفى . روى عن أبيه فى السنن الأربعة . قال عمرو بن مرة : سألت هل تذكر عن عبد الله شيئا ؟ قال : لا . وروى عن أبى موسى وكعب بن عجرة ، وعنه إبراهيم النخعى ومجاهد ونافع ابن جبير . فقد ليلة دجيل سنة إحدى وثمانين . قلت : روى له الستة

(٤) هو داود بن أبى هند القشيرى مولاهم ، أبو بكر المصرى أحد الأعلام .

أبي رباح : في البيضة درهم . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : قيمتها (١)

باب الديات

قال أبو يوسف رضى الله تعالى عنه : وإذا قتل الرجل الرجل عمداً وللمقتول ورثة صغار وكبار ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : للكبار أن يقتلوا صاحبهم إن شاءوا (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس لهم أن

روى عن ابن المسيب وأبي العالية والشعبي وعاصم الأحول وأبي عثمان النهدي وخلق ، وعنه يحيى بن سعيد قرينه وقتادة كذلك وشعبة والثوري وحماد بن سلمة وخلق . روى له الخمسة والبخارى تعليقا . وثقه أحمد والعجلي وأبو حاتم والنسائي . مات سنة تسع وثلاثين ومائة ، وقيل أربعين

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣ : وفي بيض النعامة على المحرم قيمته . وفي الكتاب أى كتاب الأصل رواه عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما أوجبا في بيض النعامة القيمة . قلت : حديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة والبيهقي . وحديث عمر رواه ابن أبي شيبة عن إبراهيم عنه منقطعاً

(٢) قلت : وهو قول مالك أيضا . قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٧٤ : وأبو حنيفة استدلل بما روى أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليا رضى الله عنه قتله الحسن رضى الله عنه به قصاصا وقد كان في أولاد علي صغار ولم ينتظر بلوغهم وإنما فعل ذلك بأمر علي على ما روى أنه لما بلغه أن ابن ملجم أخذ قال للحسن : إن عشت رأيت فيه رأيي وإن مت فاقتله إن شئت . قال : واضربه ضربة كما ضربني . وفي رواية : وإياك والمثلة فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور . ولا يقال : إنما قتله لأنه كان مرتدا مستحلا لقتله إمام المسلمين على ما روى أنه قتله وهو يتلو قوله تعالى : « ومن الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضات الله » لأنه وإن كان إمام المسلمين وكان قتله ذنبا عظيما فلا يصير به القاتل مرتدا إنما ذلك للأنبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فإنه كان من جملة أهل البغي وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم ، ألا ترى أنه علقه عتبة فقال : اقتله إن شئت وأخره

يقتلوا حتى يكبر الأصغر. وبه نأخذ^(١). حدثنا أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم بعلي^(٢). وقال أبو يوسف: وكان لعلي أولاد صغار

قال: وإذا اقتتل القوم فانجلوا^(٣) عن قتيل لم يدر أيهم أصابه، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: هو على عاقلة القبيلة التي وجد فيها إذا لم يدع ذلك أولياء القتيل على غيرهم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو على عاقلة الذين اقتتلوا جميعاً إلا أن يدعى أولياء القتيل على غير أولئك. وبهذا نأخذ^(٤)

إلى ما بعد موته؟ ولو كان مرتدا لما أخرج على قتله. ولا يتمال: قتله حدا السعيه في الأرض بالفساد حتى قتل لإمام المسلمين، لأن الساعي بالفساد يقتل الإمام لا يقتل قصاصا، ألا ترى أنه اعتبر المائلة بقوله: «فاضربه كما ضربني» وقد ذكر المزني عن الشافعي قال: قتل ابن ملجم عليا متأولا فأقيد به فدل أنه قتل قصاصا الخ والتفصيل في المبسوط فانه أطال وأجاد

(١) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضا. أفاده السرخسي
(٢) وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي عن أبي يوسف هكذا. وأخرجه في باب الرجل يقتل واحدا من المسلمين على التأويل من طريق الشافعي عن إبراهيم ابن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا قال في ابن ملجم بعد ما ضربه: «أطعموه واسقوه، وأحسنوا إيساره، فإن عشت فأنا ولي دمي أعفو إن شئت، وإن شئت استقدت، وإن مت فقتلتموه فلا تمثلوا» وذكر في الاستيعاب قصته بالاستيعاب

(٣) في المبسوط: وأجلوا عن قتيل مكان انجلوا. وفي المغرب: وأجلوا عن قتيل انكشفوا عنه وانفروا

(٤) وفي المبسوط: وأما إذا أجلوا عن قتيل ولا يعلم أيهم أصابه، فعلى

قال : وإذا أصيب الرجل وبه جراحة فاحتمل فلم يزل مريضاً حتى مات ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ديته على تلك القبيلة التي أصيب فيهم . قال محمد : وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس عليهم شيء . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : القصاص لكل وارث . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يجعل لكل وارث قصاصاً إلا الزوج والمرأة

قول أبي حنيفة ومحمد على عاقلة القبيلة الذين اقتتلوا جميعاً ، وإليه رجع أبو يوسف . ذكرنا هنا قوله . وقد بينا المسألة في الديات

(١) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٨ : فإن كان صحيحاً ينجى ويذهب فلا شيء فيه . قال : وجه قولنا أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كالميت ، ألا ترى أن في حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته ؟ فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع ، فأما إذا كان صحيحاً يذهب وينجى فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في حكم القسامة والدية . وعلى هذا الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فإن كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذى يحمله ، كما لو مات على ظهره ، وإن كان يذهب وينجى فلا شيء على من حمله . وفي قول ابن أبي ليلى لاشيء في الوجهين

(٢) قال السرخسى في المبسوط ج ٢٦ ص ١٥٧ : وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا ، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لأن سبب استحقاقهما العقد ، والقصاص لا يستحق بالعقد ، ألا ترى أن حق الموصى له لا يثبت في القصاص ؟ وهذا لأن المتصود في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً . وحجتنا في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام : « من ترك مالا ، أو حقاً فلورثته » والقصاص حقه ، لأنه

فال : وإذا وجد القتل في قبيلة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول :
القسامة على أهل الخطة والعقل عليهم وليس على السكان ولا على المشتريين
شيء . وبه نأخذ^(١) . ثم قال أبو يوسف بعد : على المشتريين والسكان وأهل

بدل نفسه فيكون ميراثا لجميع ورثته كالدية . والدليل عليه أن استحقاق الارث
بالزوجة كاستحقاقه بالتراية حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد ، وبه غرق
الوصية . وبهذا تبين أن الاستحقاق ليس بالعمد

(١) وفي المبسوط ج ٣٦ ص ١١٢ : وإذا وجد القتل في قبيلة بالكوفة وفيها
سكان وفيها من قد اشترى من دورهم بالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان
والمشتريين . وهذه فصول : أحدها أنه ما بقى في المحلة أحد من أصحاب الخطة
فليس على المشتريين من ذلك شيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وفي قول
أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلى : المشتريون في ذلك كأصحاب الخطة ، لأنهم
قاموا مقام البائع ، ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة ، وفيما يجب باعتبار
الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك كاستحقاق الشفعة ، ألا ترى أن القتل الموجود
في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشتريا أو صاحب خطة ؟ فكذلك
في القتل الموجود في المحلة ، وأبو حنيفة ومحمد قالا : صاحب الخطة أخص بتدبير
المحلة من المشتريين ، ألا ترى أن المحلة تنسب إلى أصحاب الخطة دون المشتريين
وأن المشتريين قلما يزارحون أهل الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة ؟ فكان
صاحب الخطة أخص بحكم القسامة والدية من المشتريين أيضا ، بمنزلة صاحب
الدار في القتل الموجود في داره مع أهل المحلة لما كان هو أخص بالتدبير في داره
كان موجب ذلك عليه . ثم المشتريون أتباع لأصحاب الخطة ، وما بقى شيء من
الأصل يكون الحكم له دون التابع . وقيل إنما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا
بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الخطة في كل محلة هم
الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشتريون في ذلك ، فأما إذا لم يبق من
أصحاب الخطة أحد وفيها سكان ومشتريون فهم عليهم . وهو قول ابن أبي ليلى ،
لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكانا ،
ألا ترى أن عمر رضى الله عنه أجلاهم منها إلى الشام ؟ وجه قول أبي حنيفة ومحمد

الخطة . وكان ابن أبي ليلى يقول : الدية على السكان والمشتريين معهم وأهل الخطة وكذلك إذا وجد في الدار فهو على أهل القبيلة : قبيلة تلك الدار والسكان الذين فيها في قول ابن أبي ليلى . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : على عاقلة أرباب الدور خاصة وإن كانوا مشتريين . وأما السكان فلا . وبهذا نأخذ ^(١) ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى . وقول أبي حنيفة المعروف : ما بقى من أهل الخطة رجل فليس على المشتري شيء

قال : . وإذا قطع رجل يد امرأة أو امرأة يد رجل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس في هذا قصاص ، ولا قصاص فيما بين الرجال والنساء فيما دون النفس ^(٢) ولا فيما بين الأحرار والعبيد فيما

رضى الله عنهما أن التدبير في أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان ، لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك . والدليل عليه أن ما ينبى من الغنم شرعا على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة ، فكذلك ما يكون من الغرم شرعا . ولا حجة في حديث خبر فانهم كانوا ملاكا قد أقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه استثنى بقوله : أقركم ما أقركم الله ، فلهذا أجلاهم عمر رضى الله عنه ، وما وظف عليهم كان بطريق الخراج ، إلا أن يقال تملك عليهم الأراضى ، وقد بينا هذا في المزارعة

(١) ج ٢٦ ص ١١٣ : ولو وجد القتيل في دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الخطة فأهل الخطة براء من ذلك والقسامة على صاحب الدار ، وعلى قومه الدية ، لأن التدبير في حفظ الملك الخاص إلى المالك دون أصحاب الخطة من أهل المحلة ، والقتيل الموجود في ملك خاص يجعل كأن صاحب الملك هو القاتل له في حكم القسامة والدية ، فلهذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلته

(٢) قال السرخسى في مبسوطه ج ٢٦ ص ١٣٦ : ولكننا نقول : لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في المنفعة ولا في البدل . والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تستوفى بالشلاء للفتاوت بينهما

دون النفس ، ولا قصاص بين الصبيان في النفس ولا غيرها . وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول :
القصاص بينهم في ذلك وفي جميع الجراحات التي يستطاع فيها القصاص
قال : وإذا قتل الرجل رجلاً بعضاً أو بحجر فضربه ضربات حتى مات
من ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا قصاص بينهما . وكان
ابن أبي ليلى يقول : بينهما القصاص . وبه نأخذ (١)

في البدل والمنفعة . ولا معنى لقولهم : إن الشلاء ميتة لا روح فيها ، لأن استيفاءها
في القصاص جائز وبتمتعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لتقطعها . فعرّفنا أن
الحياة فيها باقية ولكن التفاوت في البدل فلا تقطع الصحيحة بها ، بخلاف النفوس
فالمعتبر هناك المساواة في الفعل حتى تستوفي النفس الصحيحة بالزمنة . إلى أن قال :
ولا تقطع يد الحر بيد العبد كما لا يقتل الحر بالعبد عنده ، وعندنا لا يجزئ القصاص
بين العبيد والأحرار ولا بين العبيد فيما دون النفس لانعدام المساواة في البدل
(١) قلت : وهو قول محمد أيضاً . قال السرخسي : وقد بينا المسألة في الديات ،
إلا أن هناك يذكر أن عندهما إنما يجب القصاص في القتل بالحجر الكبير والعصا
الكبير ، فأما القتل بالعصا الصغير بالضرب بالموالات لا يجب القصاص به
عندنا ، وإنما يجب عند الشافعي ، وهنا نص على الخلاف في هذا الفصل أيضاً .
وهكذا ذكره الطحاوي رحمه الله ، وكأن الطحاوي إنما اعتمد هذه الرواية فيما
أورده في كتابه وهو الأصح ، فالمعتبر عندهما القصد إلى القتل بما لا يطبق النفس
احتماله ، والعصا الصغير مع الموالات في ذلك بمنزلة العصا الكبير . قلت : وحجة
الامام مارواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن عبد الله بن عمرو بن
طريق القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عنه ، وفي رواية النسائي والطحاوي عن
عقبة عن رجل من الصحابة رفعه : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط
والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها » ولفظ الطحاوي أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فتمال في خطبته ، « ألا إن
قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون

قال: وإذا عض الرجل يد الرجل فانتزع المعضوض يده فقلع سنا من أسنان العاض ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ضمان عليه في السن لأنه قد كان له أن ينزع يده من فيه . وبه نأخذ . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلا عض يد رجل فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فأبطلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : «أيعض أحدكم أخاه عض الفحل»^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو ضامن لدية السن^(٢) . وهما يتفقان فيما سوى ذلك مما يجنى في الجسد سواء في الضمان

خليفة في بطونها أولادها» وعند الدار قطنى عن القاسم عن عبد الله بن عمرو ليس فيه عتبة . وأخرجه أصحاب السنن وابن أبي شيبة وأحمد والشافعى وعبد الرزاق وإسحاق عن القاسم بن ربيعة عن ربيعة عن عبد الله بن عمر قال ابن القطان : هو حديث صحيح ولا يضره هذا الاختلاف فإن عتبة ثمة

(١) أخرجه البخارى من حديث شعبة عن قتادة عن زرارة بن أوفى عن عمران ابن حصين أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقع ثنيته فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : «يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل ! لا دية له» وأخرج من طريق ابن جريج عن عطاء عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال : «خرجت في غزوة فعض رجل فانتزع ثنيته فأبطلها النبي صلى الله عليه وسلم» . ذلك : والحديث معروف مخرج في كتب الحديث

(٢) وفي المبسوط : وإذا عض رجل يد رجل فانتزع المعضوض يده من فم العاض فقلع شيئا من أسنانه ، فعندنا لا ضمان عليه في السن ، وعند ابن أبي ليلى هو ضامن العضة (كذا) لأنه صار قالعاً سنة بنزع اليد من فمه إلا أنه معذور في ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالحايط والمضطر ، ألا ترى أنه لو جنى على موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان ضامناً ؟ فكذلك إذا نزع يده من فمه . ولكننا نقول : هو فيما صنع دافع للأذى غير مباشر للجناية فلا يكون ضامناً ، بمنزلة ماله قصد قتله فدفعه عن نفسه فسقط فمات . يوضحه أن صاحب

قال : وإذا نفحت (١) الدابة برجلها وهي تسير ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : لا ضمان على صاحبها ، لأنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الرجل جبار (٢) » . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو ضامن في هذا لما أصابت

السن هو الجاني بعضه يد غيره على وجه يستطسه بنزع اليد . وهذا بخلاف ما إذا جنى على موضع آخر من جسده ، لأن العضوض يده هو المباشر لتلك الجناية من غير ضرورة فإنه يتمكن من دفع الأذى عن نفسه بنزع اليد من فمه ، فإذا اشتغل بالجناية على جسده في محل آخر كان ضامنا لذلك ، وهنا لا يتمكن من دفع الأذى إلا بنزع اليد من فمه

(١) في المغرب : نفحته الدابة : ضربته بحد حافرها

(٢) وأخرجه هو ومحمد في آثاريهما عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم مرسلًا ولفظه : « العجماء جبار ، والتليب جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس » وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن مسعود مرفوعاً مسنداً ، وأخرجه الشيخان عن أبي هريرة في أثناء حديث

(٣) قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٩ : وإن نفحته برجلها وهي تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام : « الرجل جبار » : أي هدر . والمراد نفحة الدابة بالرجل وهي تسير ، وهذا لأنه ليس في وسعه التحرز من ذلك ، لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها ، وكذلك النفحة بالذنب ليس في وسعه التحرز عن ذلك . وقال ابن أبي ليلى : هو ضامن لجميع ذلك ، وقاس الذي يسير على الدابة بالذي أوقف دابته في الطريق فنفحت برجلها أو يدها فكما أن هناك يجب ضمان الدية على عاقلته فكذلك هنا ، ولكننا نقول في الفرق بينهما هو ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مضر بالمارة ، ولأن الطريق ما أعد لإيقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعدياً والمتعدي في التسبب يكون ضامناً ، فلهذا يسوى فيه بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن وهذا لأنه إن كان لا يمكن التحرز عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكن التحرز عن إيقاف الدابة ، بخلاف الأول ، فإن السير على الدابة في الطريق مباح له ، لأن الطريق معد

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول فى الرجل إذا قتل العبد : إن قيمته على عاقلة القتال . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا تعقله العاقلة . ثم رجع أبو يوسف فقال : هو مال لا تعقله العاقلة وعلى القتال قيمته بالغاً ما بلغ حالاً ^(١)

لذلك ، ولأنه لا يضر بغيره وهو محتاج إلى ذلك فربما لا يقدر على المشى فيستعين بالسير على الدابة ، وإذا لم يكن نفس السير جنائية فلما لا يلزمه ضمان مالا يستطيع الامتناع منه ، ألا ترى أن الماشى فى الطريق لا يكون ضامناً لما ليس فى وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم فى الطريق ؟

(١) وفى المبسوط ج ٢٧ ص ٢٨ : وروى عن أبى يوسف ومحمد أن العاقلة لا تعقل نفس العبد ، وهو قول ابن أبى ليلى . واستدل فيه بقوله عليه السلام : « لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً » والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهذا لأن العبد يحل للملك بالتقدي فما يجب من الضمان باتلافه يكون على المتلف فى ماله كسائر الأموال . وحجتنا فى ذلك أن التهمة الواجبة باتلاف نفس العبد بمنزلة الدية الواجبة باتلاف نفس الحر ، وذلك على العاقلة مؤجلة فى ثلاث سنين ، فهذا مثله ، وهذا لأن معنى النفسية لا يدخل تحت القهر فلا يتناولها الملك بل العبد فيه بمنزلة الحر ، ألا ترى أنه يتعلق القصاص بقتله عمداً كما يتعلق بقتل الحر ؟ وكذلك الكفارة فى الخطأ ولا مدخل للتصاص ولا كفارة فى ضمان الأموال ، فعرفنا أن المال واجب هاهنا بالنص بخلاف القياس ، لأن المال لا يكون مثلاً لما ليس بمال ، ومالا يكون مملوكاً من الآدمى لا يكون مالا ، وإنما وجوب المال بقوله تعالى : « ودية مسلمة إلى أهله » إلا أن هذه الدية فى حق العبد القيمة وفى حق الحر مائة من الأبل كما بينه الشرع ، والدية يجب على العاقلة مؤجلة فى ثلاث سنين فى حالة الخطأ ، وبهذا المعنى خالف النفس مادون النفس ، لأن مادون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص . وتأويل الأحاديث أن العاقلة لا تعقل جنائية العبد على نفس العبد . وبه نقول . ثم الواجب بالجنائية على نفس المملوك قيمته ، قلت قيمته أو كثرت ، غير أنها لا تزداد

باب السرقة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أقر الرجل بالسرقة مرة واحدة والسرقة تساوى عشرة دراهم فصاعداً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أقطعه ، ويقول : إن لم أقطعه جعلته عليه ديناً ولا قطع في الدين . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقطعه حتى يقر مرتين . وبهذا نأخذ . ثم رجع إلى قول أبي حنيفة (١) .

وإن كان المسروق منه غائباً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا أقطعه

على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم الله الخ

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٨٢ وإذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى : لا يقطع مالم يقر مرتين ، وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر ، وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة . وحجتهم ما روى عن علي رضى الله عنه أن رجلاً أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده . وهذا لأنه حد الله تعالى فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهادة كحد الزنا ، ولهذا روى عن أبي يوسف أنه شرط لإقرارين في مجلسين مختلفين ، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بسارق فقال : « أسرقت ؟ ما إخاله سرق . » فقال : سرقت ، فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الاقرار فيه ، ولأن ما ثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت باقرار واحد كالقصاص . وقد بينا أن الزنا مخصوص من بين نظائره . وفي الكتاب علل فقال : لو لم أقطعه في المرة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية لأن المال صار ديناً عليه بالاقرار الأول فهو بالاقرار الثاني يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهماً في ذلك ، وإن كان المال قائماً بعينه رددته بعد الاقرار الأول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال ؟

وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقطعه إذا أقر مرتين وإن كان المسروق منه غائباً (١)

قال : وإن كانت السرقة تساوى خمسة دراهم ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا قطع فيها . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢)

ألا ترى أن بالشهادة لا يلزمه القطع بعدد المال ؟ فبالاقرار أولى . وإن رجع قبل أن يقطع درى القطع لأنه ليس هاهنا من يرد ججوده إذ القطع من حق الله تعالى فيستحق التعارض بين الخبرين . فأما في حق المال لا يصح رجوعه لأن المسروق منه يكذبه في الرجوع والمال حقه

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢ : وعندنا لا بد من حضرة المسروق منه في الاقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع ، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكاً لمن في يده ، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود ، أو أنه كان ضيفاً عنده . ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه ، وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير . وإذا حضر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا في قول أبي حنيفة الأول ، وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد يقطع ، وكذلك بعدم موت الشهود . قلت : تفصيل المسألة في المبسوط . ومن شاء فليراجعه . وفي ص ١٨٨ منه : فإن أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه أقر بوجوب الحد عليه حقا لله تعالى فيستوفيه الإمام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فإن المسروق منه إذا حضر ربما يكذبه في الاقرار وقد بينا

(٢) قلت : أخرج أبو يوسف في خراجه عن هشام بن عروة عن أبيه : كان السارق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع في ثمن الجن ، وكان للجن يومئذ ثمن ، ولا يقطع في الشيء التافه . وروى عن هشام عن عروة عن عائشة : لم يكن يقطع على عهد رسول الله في الشيء التافه . وروى الطبراني عن محمد بن نوح

ابن حرب عن خالد بن مهران عن أبي مطيع الثلجي عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يقطع إلا في عشرة دراهم » . وأخرجه البخاري من طريق أبي مطيع وخلف بن ياسين وابن المظفر من طريق خلف كلاهما عن الإمام بالسند المذكور ولفظه : « كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم » . ورواه محمد في الأصل عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا تقطع اليد إلا في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم . وأخرجه النسائي والطحاوي والحاكم والطبراني عن مجاهد عن أيمن رفعه : « لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم » . وأخرجه أبو داود عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم . وأخرجه الطحاوي والنسائي والحاكم أيضا عنه ، ولفظه : كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم . ورواه النسائي وابن أبي شعبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه . وأخرج أحمد والدارقطني من هذا الوجه بلفظ « لا يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم » . وأما قول علي فتال أبو يوسف في خراجه بعد نقل قول ابن مسعود : وقد بلغنا نحوه من ذلك عن علي رضي الله عنه . وقال البيهقي عن الشافعي : رواه الزعافري عن الشعبي عن علي رضي الله عنه . قال الحافظ علاء الدين في الجوهر النقي : روى عبد الرزاق عن الحسن بن عمار عن الحكم بن يحيى بن الجزار عن علي قال : « لا يقطع السكف في أقل من دينار أو عشرة دراهم » وأخرجه البيهقي عن جعفر بن محمد بن مروان عن عاصم قال : أظنه ابن عمر عن إسماعيل عن جوير عن الضحاك عن الزال عن علي رضي الله عنه قال : « لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم ، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم » قال : هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء . وأما قول ابن مسعود فأخرجه محمد في آثاره عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عنه . وأخرجه أبو يوسف في خراجه عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله . وأخرجه عبد الرزاق والطبراني نحوه بإسناده . قلت : وروى عن ابن عباس أيضا قوله ، أخرجه أبو يوسف في الخراج عن ابن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عنه . وروى ابن أبي شعبة عن يحيى بن زيد وغيره عن الثوري عن

وعن علي وعن ابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالوا : لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : تقطع اليد في خمسة دراهم ولا تقطع في دونها ^(١)

عطية بن عبد الرحمن عن القاسم بن عبد الرحمن قال : أتى عمر بن الخطاب برجل سرق ثوباً فقال لعثمان : قومه ، فتومنه ثمانية دراهم فلم يقطعه . قال القارى في شرح المختصر : وهذا يدل على انتساخ ما في الصحيحين

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٣٧ : وعلمنا أن الله استبدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم » وعن ابن مسعود رضى الله عنه موقفاً ومرفوعاً : « لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم » وهكذا عن علي رضى الله عنه . وفي الحديث المعروف : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » وعن أيمن بن أبي أيمن (كذا) وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أن المجن الذى قطعت اليد فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يساوى عشرة دراهم . والرجوع إلى قولهم أولى ، لأنهم من جملة الغزاة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم ، وليس هذا من جملة ما قال إن الأخذ بالأقل أولى ، لأن في قيمة المسروق إنما يؤخذ بالأقل لدرء الحد وذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر هاهنا ، لأن معنى درء الحد فيه . وقد روى أن عمر رضى الله عنه أتى بسارق سرق ثوباً فأمر بقطعه يده . قال عثمان رضى الله عنه : إن سرقة لا تساوى عشرة دراهم ، فأمر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرأ الحد عنه ، فدل أنه كان ظاهراً معروفاً فيما بينهم أن النصاب يتقدر بعشرة دراهم ، ويعتبر نصاب الحد بنصاب المهر . وقد قامت الدلالة لنا على أن أدناه عشرة دراهم ، والمستحق بكل واحد منهما ماله خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق إلا بمال خطير . والحديث الذى رواه عن عائشة رضى الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه ، وأكثرهم على أنه غير مرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان القاسم بن عبد الرحمن إذا سمع من يروى هذا الحديث مرفوعاً رماه بالحجارة . والدليل عليه ما اشتهر من قول عائشة رضى الله عنها : كانت اليد

قال : وإذا شهد الشاهدان على رجل بالسرقة والمسروق منه غائب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل الشهادة والمسروق منه غائب ، رأيته لو قال : لم يسرق منى شيئا أ كنت أقطع السارق ؟ وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقبل الشهادة عليه وأقطع السارق (١)

قال : وإذا اعترف الرجل بالسرقة مرتين وبالزنا أربع مرات ثم أنكر بعد ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يدراعنه الحد فيهما جميعا ونضمنه السرقة . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اعترف عنده ما عز بن مالك رضى الله عنه وأمر به أن يرجم هرب حين

لا تقطع في الشيء التافه وكانت تقطع في ثمن الجن ، فلو كان عندها نص لما اشتغلت بهذا الجواب المبهم ، ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار في الابتداء ثم انتسخ ذلك بعشرة دراهم ليكون الناسخ أخف من المنسوخ . قال الله جل وعلا : « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها »

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٣ : وإن شهد شاهدان على رجل بالسرقة سئلا عن ماهيتها وكيفيتها ، فإذا بينوا جميع ذلك والقاضى لا يعرف الشاهدين حبسه حتى يسأل عنهما ، فإن زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع إلا بحضرته . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا حاجة إلى حضرة المسروق منه وتقبل الشهادة على السرقة وحبسه كالزنا لأن المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى . إلى أن قال : وعندنا لا بد من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة جميعا عند الأداء وعند القطع ، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكا لغير السارق ، فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكا لمن في يده ، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود ، أو أنه كان ضيفا عنده . ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء ، لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير

أصابته الحجارة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) «فهل خليتم سبيله !»
حدثنا بذلك أبو حنيفة ^(٢) يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ .
وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقبل رجوعه فيهما جميعا وأمضى عليه الحد
قال : وإذا دخل الرجل من أهل الحرب إلينا بأمان فسرقت عندنا سرقة ،
فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يضمن السرقة ولا يقطع ، لأنه

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٩١ : وإن أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب
وإن كان في فوره ذلك ، لأن هربه دليل رجوعه . ولو رجع عن الاقرار لم
يقطع ، فكذلك إذا هرب . والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عز
حين أخبر بالهرب فقال : « هلا خليتم سبيله ؟ » ولكنه إذا أتى بعد ذلك كان
ضامنا للمال ، كما لو رجع عن إقراره ، فإنه يسقط القطع به دون الضمان . وقال
في الحدود في ص ٩٤ ج ٩ : فإن أمر برجمه فرجع عن قوله درى الحد عنه عندنا .
وقال ابن أبي ليلى : لا يدرأ عنه الحد برجوعه ، وكذلك الخلاف في كل حد هو
خالص حق الله تعالى ، واعتبر هذا الاقرار بسائر الحقوق عما لا يندرى بالشبهات
أو يندرى بالشبهات كالفصاص وحد القذف ، فالرجوع عن الاقرار ياطل في هذا
كله . وحجتنا فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرقة الرجوع ، فلو لم
يصح رجوعه لما لقنه ذلك ، فقد روينا أن ماعزا رضى الله عنه لما هرب انطلق
المسلمون في أثره فرجموه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « هلا خليتم سبيله ! »
ولأن الرجوع بعد الاقرار إنما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدق
في الاقرار ويكذبه في الرجوع ، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى
فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع ، وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب
والشبهة تثبت بالمعارضة

(٢) رواه أبو يوسف عنه في كتاب الآثار عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة
عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأخرجه الحارثي في مسنده من طريق
أبي يوسف وابن المبارك وأسد وغيرهم بسنده المذكور ، والحديث أخرجه الأئمة
البخاري وغيره . وقد ذكر قبل ذلك

لم يأخذ الأمان لتجرى عليه الأحكام^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول : تقطع يده . وبه نأخذ . ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضى الله عنهما

باب القضاء

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أثبت القاضى فى ديوانه الاقرار وشهادة الشهود ثم رفع إليه ذلك وهو لا يذكره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ينبغي له أن يجيزه . وكان ابن أبي ليلى يجيز ذلك . وبه نأخذ^(٢) . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن كان يذكره ولم يثبت

(١) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٧٨ : وإن سرق الحربى المستأمن فى دار الاسلام لم يقطع وهو ضامن إلا على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى فانهما يقولان يقطع ولا ضمان عليه ، وقد بينا نظيره فى كتاب الحدود . وقال فى الحدود ص ٥٥ منه : وإذا زنى الحربى بالمسلىة أو الذمىة فعليها الحد ولا حد عليه فى قول أبي حنيفة . وقال محمد : لأحد على واحد منهما ، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال : يحدان جميعاً ، أما المستأمن فعند أبي حنيفة ومحمد لا تقام عليه الحدود التى هى لله تعالى خالصا كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق ، وفى قول أبي يوسف الآخر والشافعى يقام الحد عليه كما يقام على الذمى لأنه مادام فى دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالذمى . إلى أن قال : وحجتنا فى ذلك قوله تعالى « ثم أبلغه مأذنه » فتبليغ المستأمن مأمنه واجب بهذا النص حقاً لله تعالى ، وفى إقامة الحد عليه تفويت ذلك ، ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله . والمعنى أن المستأمن ما التزم شيئاً من حقوق الله تعالى وإنما دخل تاجراً ليعاملنا ثم يرجع إلى داره ، ألا ترى أنه لا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب ؟ ولو كان ملتزماً شيئاً من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمى ، وهذا لأن منعه من أن يعود حرباً للمسلمين بعد ما حصل فى أيديهم حق الله تعالى الخ . وزيادة التفصيل فى المبسوط (٢) وهو قول محمد أيضاً . وفى المبسوط ج ١٦ ص ٩٢ : وإذا وجد القاضى

عنده أجازة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجيزه حتى يثبتته عنده ، وإن ذكره

قال : وإذا جاء رجل بكتاب قاض إلى قاض والقاضى لا يعرف كتابه ولا خاتمه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ينبغي للقاضى الذى أتاه الكتاب أن يقبله حتى يشهد شاهدا عدل على خاتم القاضى وعلى ما فى الكتاب كله إذا قرئ عليه ، عرف القاضى الكتاب والخاتم أو لم يعرفه ، ولا يقبله إلا بشاهدين على ما وصفت ، لأنه حق ، وهو مثل شهادة على شهادة . وقال : لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود أنه قرأه عليهم وأعطاه نسخة معهم يحضرونها هذا القاضى مع كتاب القاضى . وبه نأخذ . ثم رجع أبو يوسف (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا شهدوا على خاتم

فى ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله أن يتفكر فى ذلك حتى يتذكر ، وليس له أن يتضى بذلك إن لم يتذكر . وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجد ذلك فى قطرة تحت خاتمه فعليه أن يقضى به وإن لم يتذكر . وهذا منهما نوع رخصة ، فالقاضى لكثرة اشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة ، ولهذا يكتب ، وإنما يصل المتصود بالكتاب إذا جازله أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فإن الآدمى ليس فى وسعه التحرز عن النسيان . إلى أن قال : ومذهب أبي حنيفة هو العزيمة ، فالمتصود من الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه لأن الكتاب للقلب كالمرآة للعين ، وإنما تعتبر المرآة ليحصل الإدراك بالعين ، فإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه ، فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه ، فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه ، وهذا لأن الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم ، وليس للقاضى أن يقضى إلا بعلم ، وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه

(١) قلت : وقول محمد فى المسألة مثل قول الامام ، صرحه فى الهداية . قال

القاضى قبل ذلك منهم . وبه نأخذ (١)

قال : وإذا قال الخصم للقاضى : لا أقر ولا أنكر ، فإن أباحنيغة رضى الله عنه كان يقول : لا أجبره على ذلك ولكنه يدعى المدعى بشهوده . قال : وكان ابن أبى ليلى لا يدعه حتى يقر أو ينكر . وكان أبو يوسف إذا سكت يقول له : احلف مراراً ، فإن لم يحلف قضى عليه (٢)

قال : وإذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة الشهود على المخرج

السرخسى فى المبسوط ج ١٦ ص ٩٥ : فإذا أتى القاضى كتاب قاض سأل الذى جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه ، لأنه غاب عن القاضى عليه فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين ثم يقرؤه عليهم ويشهدون على ما فيه . فمن أصل أبى حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما فى الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك ، وهو قول أبى يوسف الأول ثم رجع فقال : إذا شهدوا أنه خاتمه وكتابه قبله وإن لم يعرف ما فيه ، وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله ، لأن كتاب القاضى قد يستعمل على شىء لا يعجبهما أن يقف عليه غيرهما ، ولهذا يختم الكتاب . ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه ، ولكننا نقول : ما هو المقصود لا بد من أن يكون معلوما للشاهد ، والمقصود ما فى الكتاب لا عين الكتاب والختم ، وكتب الخصومات لا يستعمل على شىء سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتاباً آخر على حدة ، فأما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل إلا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة

(١) قلت : وهذا قول أبى يوسف الآخر

(٢) وفى المبسوط قال أبو يوسف ومحمد : يستحلفه على حق المدعى ويجبره

أنه يلزمه القضاء إن لم يحلف ، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول ، وإن حلف دعا المدعى شهوده ، فهما يجعلان سكوته أيضاً بمنزلة إنكاره ، إلا أن على قولهما إذا طلب المدعى يمين المدعى عليه استحلفه القاضى . قال : وقال ابن أبى ليلى : لا أدعه حتى يقر أو ينكر ، لأن الجواب مستحق عليه ، فإذا امتنع من إيفاء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضى على إيفائه بالحبس . ثم شرط قبول البينة

منه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أقبل ذلك منه . وبها ، أنا نأخذ .
وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقبل منه بعد الإنكار مخرجاً^(١) . و تفسير ذلك
أن الرجل يدعى قبل الرجل الدين فيقول : ماله قبلى شيء ، فيقيم الطالب
البينة على ماله و يقيم الآخر البينة أنه قد أوفاه إياه . وقال أبو حنيفة :
المطلوب صادق بما قال : ليس قبلى شيء ، وليس قوله هذا با كذاب
لشهوده على البراءة

قال : وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى ، فقال : عندى المخرج ، فان
أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس هذا عندى باقرار إنما يقول :
عندى البراءة ، وقد تكون عنده البراءة من الحق ومن الباطل . وبهذا نأخذ .

إنكار المدعى عليه فلا بد أن يجبره القاضى حتى يجيب بالاقرار فيتوصل به المدعى
إلى حقه ، أو بالانكار فيتمكن من إثبات حقه بالبينة . ولكننا نقول : الإنكار حق
المنكر ، لأنه يدفع به المدعى عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجبر
على الاتيان به ، ثم السكوت قائم مقام الإنكار ، لأن المنكر مانع والسكوت كذلك ،
والانكار منازعة بالقول وفى السكوت منازعة بالفعل وهو الامتناع عن التسليم
ومن الجواب بعد ما طول به فيكون ذلك قائماً مقام إنكاره ، ويتمكن المدعى
من إثبات حقه بالبينة عند ذلك

(١) قال فى المبسوط : فان أبى ليلى يقول : هو مناقض فى دعواه الايفاء بعد
إنكاره أصل المال خصوصاً إذا قال : ما كان له على شيء قط ، وقبول البينة يبنى
على دعوى صحيحة ، ومع التناقض لا تصح الدعوى ، ألا ترى أنه لو قال : ما كان له
على شيء قط ولا أعرفه لم تقبل منه البينة على الايفاء بعد ذلك لهذا المعنى ؟ ولكننا
نقول : دعواه الايفاء بعد جحود أصل المال دعوى صحيحة إما باعتبار أنه
لا شيء عليه فى الحال أو أنه لم يكن عليه شيء قط لكنه ادعى مرة هذه الدعوى
الباطلة واستوفى المال بها ، فاذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوثق كان

وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا إقرار فان جاء بمخرج وإلا ألزمه الدعوى^(١)
وأبو حنيفة يقول : إن لم يأت بالمخرج لم تلزمه الدعوى إلا ببينة
قال : وإذا أقر الرجل عند القاضى بشيء فلم يقض به القاضى عليه ولم
يثبته فى ديوانه ثم خاصمه إليه فيه بعد ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه
قال : إذا ذكر القاضى ذلك أمضاه عليه . وبهذا نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى
رحمه الله يقول : لا يمضى ذلك عليه وإن كان ذا كراهه حتى يثبته
فى ديوانه^(٣)

متمكنا من إثباتها بالبينة ، ثم الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ، بخلاف ما إذا
قال : ما كان له شيء قط ولا أعرفه ، لأن مع ذلك الزيادة فى الإنكار متعذر
التوفيق بين كلاميه من الوجه الذى قلنا

(١) وفى المبسوط : لأن المخرج منها إنما يتحقق بعد الدخول فيها فكان
هذا وقوله : أوفيتها إياه أو أبرأني منها سواء ، وذلك إقرار بأصل المال ، ولكننا
نقول : هو ادعى المخرج من دعواه لا من المال فلا يكون ذلك إقرارا بالمال
صريحا ولا دلالة . وهكذا نقول فى الإبراء ، فانه لو قال : أبرأني من هذه الدعوى
لا يكون ذلك إقرارا بالمال ، ثم المخرج من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه ، ووجه
الفساد غير متعين ، قد يكون ذلك ببيان أنه ما كان واجبا قط ، وقد يكون ذلك
ببيان المستقط بعد الوجوب ، ومع الاحتمال لا يجب المال

(٢) قلت : هو قول الكل — أفاده السرخسى بقوله : عندنا

(٣) وفى المبسوط : والقياس ما قلنا ، لأن القاضى حين سمع إقراره بذلك
كان له أن يتضى به لو طلب الخصم ذلك فكذلك بعد ما مضى على ذلك مدة إذا
كان القاضى يذكر ذلك ، والمتصود من الاثبات فى ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر
فيه عند الحاجة فاذا كان ذا كراه فإما هو المتصود حاصل . ولكن استحسن
ابن أبي ليلى رحمه الله وقال : القاضى لكثرة اشتغاله ربما يشبهه عليه ذلك ، ولهذا
يثبته فى ديوانه ليرجع إليه فينبغى له الشهود ، فاذا لم يثبته فى ديوانه لو قضى به

باب الفرية

قال أبو يوسف: وإذا قال رجل لرجل من العرب: يا نبطي أو لست من بني فلان لقبيلة، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا حد عليه في ذلك وإنما قوله هذا مثل قوله يا كوفي يا بصري يا شامي^(١). حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضى الله عنهما بذلك^(٢) وأما قوله: لست من بني فلان، فهو صادق ليس هو من ولد فلان لصلبه وإنما هو من ولد الولدان، القذف هاهنا إنما وقع على أهل الشرك الذين كانوا في الجاهلية^(٣). وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: فيهما جميعاً الحد

قال: وإذا قال الرجل لرجل: لست ابن فلان^(٤) وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا حد على القاذف كان قضاء مع تمكن الشبهة وربما ينسب به إلى الميل، فعليه أن يحتاط في ذلك ولا يقتضى بمجرد كونه ذا كرا حتى يثبت في ديوانه

(١) ولا حد عليه عند الامام، لأنه لا يراد بهذا اللفظ القذف، ألا ترى أن الرجل يقول للآخر: أنت رستاقى أو خراسانى أو كوفى ولا يريد بشيء من ذلك القذف؟ ومذهبنا مروى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قریش يا نبطي فقال: لا حد عليه — كما فى المبسوط ج ٩ ص ١٢٣

(٢) لم أقف على مخرجه، تتبعت الكتب الموجودة عندي فلم أجده فيه (٣) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٢٣: وإن قال لرجل: لست من بني فلان لقبيلته لا يحد، لأنه صادق، فإن بني فلان حقيقة أولاده لصلبه وهو ليس منهم، ولأنه لو كان هذا قذفاً فأنما يكون قذفاً لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة، وهو نظير ما لو قال له: جدك زان أو جدتك زانية فإنه لا يكون قاذفاً بهذا، لأن في أجداده وجداته من هو كافر، فإذا لم يعين مسلماً لا يكون قاذف محصن، بخلاف ما لو قال: أنت ابن الزانية لأنه بهذا اللفظ قاذف لأمه الأدنى وهي كانت محصنة فعليه الحد (٤) وفى المبسوط: لست من بني فلان

إنما وقع القذف هاهنا على الأم ولا حد على قاذفها . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول في ذلك : عليه الحد

قال : وإذا قذف رجل رجلاً فقال : يا ابن الزانية وقد مات الأبوان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إنما عليه حد واحد لأنها كلمة واحدة . وبهذا نأخذ ^(٢) ، إن فرق القول أو جمعه فهو سواء وعليه حد واحد . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه حدان ويضربه الحدين في مقام واحد

(١) وفي المبسوط : وهذا بناء على الأصل الذى يبناه في كتاب الحدود أن قوله : لست من بنى فلان يكون قذفاً لأمه عندنا ، فإذا كانت أمه أمة أو نصرانية فهي غير محصنة وقذف غير المحصنة لا يوجب الحد . وعند ابن أبي ليلى هذا قذف في نفسه ، لأنه يلحقه العار بكونه ولد الزنا كما يلحقه العار بنسبته إلى الزنا فكما أنه لو نسبته إلى الزنا يكون قاذفاً له فكذلك إذا نفاه من أبيه يكون قاذفاً له وهو محصن في نفسه فعلى قاذفه الحد . قلت : وقال في الحدود ص ١٢١ : وكذلك إن قال : لست لأبيك فعليه الحد ، لأنه قذف أمه بهذا فإن الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه ، فأما الوطء إذا لم يكن زناً يكون مثبتاً للنسب ، فعرفنا أن بهذا اللفظ قذف أمه فإذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد . وفي القياس لاحد عليه ، لأنه لا يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه من غير أن تكون الأم زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطء ، ولكننا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه حيث قال : « لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه » ولأنها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية ، فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف أمه (٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي بقوله : عندنا . قال السرخسي لأن المذهب في حد القذف عندنا حق الله تعالى فعند الاجتماع يتداخل والمقصود يحصل باقامة حد واحد ، وهو معنى الزجر للقاذف ودفع العار عن المقذوف . وعند ابن أبي ليلى يضرب حدين لأن عنده المذهب في حد القذف حق العبد

وقد فعل ذلك في المسجد^(١) وإذا قال الرجل للرجل : يا ابن الزانين أو قالت المرأة للرجل : يا ابن الزانين والأبوان حيان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا كانا حين بالكوفة لم يكن على قاذفهما الحد إلا أن يأتيا يطلبان ذلك^(٢) ولا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه

(١) قال السرخسى : وهذه هي المسألة التي قال أبو حنيفة رحمه الله فيها : إن القاضى أخطأ فيها في سبع مواضع ، فإن معتوه كانت بالكوفة آذاها رجل فقالت له : يا ابن الزانين ، فأتى بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فأقام عليها حدين ، فذكر ذلك لأبي حنيفة فقال : أخطأ في سبع مواضع ، ثم فسر ذلك فقال : بنى الحكم على إقرار المعتوه وإقرارها هدر ، وألزمها الحد والمعتوه ليست من أهل العقوبة ، وأقام عليها حدين ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد ، وأقام حدين معا ومن اجتمع عليه حدان لا يوالى بينهما ولكن يضرب أحدهما ثم يترك حتى يبرأ ثم يقام الآخر ، وأقام الحد في المسجد وليس للامام أن يقيم الحد في المسجد ، وضربها قائمة وإنما تضرب المرأة قاعدة ، وضربها لبحضرة وليها وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها حتى إذا انكشف شيء من بدنهما في اضطرابها ستر الولي ذلك عليهما . فانتشر بالكوفة أن القاضى أخطأ في مسألة واحدة في سبع مواضع

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٣ : وإن كان المقدوف حيا غائبا ليس لأحد من هؤلاء أن يأخذ بمجده عندنا . وقال ابن أبي ليلى : الغائب كالميت لأن خصومته تتعدر لغيبته كما هو متعذر بعد موته ، ولكننا نقول : ينوب أو يبعث وكيله لخصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فلم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين ، وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض مأیوس عنه فيقام الحد بخصومة يلحقه الشين ، بخلاف الغائب ، فإن مات هذا الغائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أيضاً عندنا . قلت : وعلل لهذه المسألة فقال : وعندنا الم أغلب حق الله تعالى فلا يورث عملا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجرى الارث فيما هو من حق الله تعالى » ولأن الارث خلافة الوارث المورث بعد موته في حقه ، والله تعالى يتعالى عن ذلك الخ . والتفصيل فيه فليراجعه من طلب التفصيل

جميعاً . وبه نأخذ ^(١)

قال : ولا يكون في هذا أبداً إلا حد واحد . وكان ابن أبي ليلى يضربهما جميعاً حدين في مقام واحد ويضرب المرأة قائمةً ويضربهما حدين في كلمة واحدة ويقيم الحدود في المسجد ^(٢) أظن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١ : وكلما أقام عليه حداً حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر ، لأنه إن وإلى إقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى الاتلاف . وقد بينا أنه مأمور بإقامة الحد على وجه يكون زاجراً لا متلفاً ، ولكنه يحبس لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد عليه ويصير مضيعاً للحد ، والامام منهى عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده ، وإن كان محصناً اقتصر منه في العين وضربه حد القذف لما فيهما من حق العباد ثم رحمه ، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله ، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك ، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم . والمعنى فيه أن في الحدود الواجبة لله تعالى المقصود هو الزجر وأتم ما يكون من الزجر باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد ، فلهذا رجمه ودرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يضمنه السرقة لأن الضمان قد وجب عليه بالأخذ وإنما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقاً لله ولم يوجد ذلك ، فلهذا يضمنه السرقة ويأمر بإيفائها من تركته

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١ : ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه وهم تلويث المسجد ، ولأن المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رفع الصوت في المسجد بقوله « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم » ولكن القاضى يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الغامدية ، أو يبعث أميناً ليقام بحضوره كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في ما عر رضى الله عنه . قلت : روى البيهقي في سننه عن حكيم بن حزام قال ، « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن

ولا يكون على من قذف بكلمة أو كلمتين أو جماعة أو فرادى إلا حد واحد ، فإن أخذه بعضهم فحدله كان لجميع ما قذف . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) . وبه نأخذ . وقال : لا تقام الحدود في المساجد قال : ومن قذف أباً رجلاً وأبوه حي لم يحد له حتى يكون الأب الذي يطلب . وإذا مات كان للابن أن يقوم بالحد ^(٢) . وإن كان له عدة بنين فأبهم قام به حدله . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً ولكنه يقيم عليه أحدهما ثم يحبس حتى يخف الضرب ثم يضرب الحد الآخر ، وإنما الحدان في شرب وقذف أو زنا وقذف ، أو زنا وشرب ، فأما قذف كله وشرب كله مراراً ^(٣) أو زنا مراراً فأنما عليه حد واحد ^(٤)

يستقاد في المساجد وأن يشهد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود . ج ٨ ص ٣٢٨
(١) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقط هنا من الأصل نحو : ذلك أو نحوه أو نحو من ذلك ، أو بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والله أعلم ولم نجد . وروى ذلك عن إبراهيم النخعي ، رواه الامام محمد في كتاب الآثار ، عن الامام عن حماد عنه

(٢) قلت : وهذه المسألة مكررة في الحقيقة ، وليس بينها وبين التي قبلها كبير فرق إلا أن هناك فرضها في الأبوين وهنا فرضت في أب
(٣) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقط من الأصل أى فعل ذلك مراراً ، والله أعلم

(٤) قلت : أخرج أبو يوسف في خراجه عن الامام عن حماد عن إبراهيم قال : إذا سرق مراراً فأنما يده واحدة ، وإذا شرب الخمر مراراً وقذف مراراً فأنما عليه حد واحد

قال : ولو كان الأبوان المقدوفان حين كانا بمنزلة الميتين في قول ابن أبي ليلى . وأما في قول أبي حنيفة فلا حق للولد حتى يجيء الوالدان أو أحدهما يطلب قذفه وإنما عليه حد واحد في ذلك كله ^(١)

قال : وإذا قذف الرجل رجلا ميتا ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يأخذ بحد الميت إلا الولد أو الوالد . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : يأخذ أيضاً الأخ والأخت ، وأما غير هؤلاء فلا ^(٢)

قال : وإذا قذف الرجل امرأته وشهد عليه الشهود بذلك وهو يجحد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا رفع إلى الإمام خبره حبسه حتى يلاعن . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا جحد ضربته الحد ولا أجبره على اللعان منها إذا جحد ^(٣)

(١) قلت : هذه المسألة مكررة في الحقيقة . قال في المبسوط ج ٩ ص ١٢٥ : رجل قال لرجل : يا ابن الزانين فعليه حد واحد ، لأنه قذف أباه وأمه ولو كانا حين نفاصماه لم يكن عليه إلا حد واحد فكذا إذا كانا ميتين نفاصمه الابن

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٢ : ثم الخصومة في هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولاد أو ينسب إليه الميت بالولاد ، ولأنه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه الشين به كان له أن يخاصم بأقامة الحد عليه وليس لأخيه أن يخاصم في ذلك عندنا ، وعند ابن أبي ليلى له ذلك لأن للأخ علقه في حقوقه بعد موته كالولد ، ألا ترى أنه في القصاص يخلفه ؟ فكذا في حد القذف . ولكننا نقول : الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة ، فإن حد القذف لا يورث ليخلف الوارث المورث فيه ، وإنما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والأخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه ، لأنه لا ينسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسبة زنا الغير باعتبار نسبته إليه ، بخلاف الآباء والأولاد

(٣) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤ : وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به

باب النكاح

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا تزوج المرأة بغير مهر مسمى فدخل بها ، فإن لها مهر مثلها من نسائها ، لا وكس ولا شطط . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : نساؤها أخواتها وبنات عمها . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : نساؤها أمها وخالاتها (١)

قال : وإذا زوج الرجل ابنته وهى صغيرة ابن أخيه وهو صغير يتيم فى حجره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النكاح جائز (٢) وله البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد ، أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ، ثم قال ابن أبي ليلى : إنكاره بمنزلة إنكاره نفسه فيقام عليه الحد . ولكننا نقول : إنكاره نفي القذف وإنكاره نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إنكاره نفسه فلهذا لا يحد

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٦٤ : نساؤها اللاتي يعتبر مهورها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات أعمامها عندنا . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى : أمها وقوم أمها كالأخالات ونحو ذلك ، لأن المهر قيمة بضعة النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء . ولكننا نقول : قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه ، لا من جنس قوم أمه . ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والبنات تكون قرشية تبعاً لأبيها ؟ فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها ، لا لأنها أمها بل لأنها بنت عم أبيها ، وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هى مثلها فى الحسن والجمال والسن والمال والبكارة ، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف ، قال صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لما لها وجمالها » الحديث الخ

(٢) وفى المبسوط ج ٤ ص ٢١٥ : وحجتنا قوله تعالى : « وإن خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى » الآية معناه فى نكاح اليتامى ، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان يجوز نكاح اليتيمة ، وقد نقل عن عائشة رضى الله عنها فى تأويل الآية أنها

الخيار إذا أدرك . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجوز ذلك عليه حتى يدرك . ثم رجع أبو يوسف وقال : إذا زوج الولي فلا خيار وهو مثل الأب

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة وامرأة أبيها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز . بلغنا ذلك عن عبد الله بن جعفر رضى الله عنهما أنه فعل ذلك ، وبه نأخذ : تزوج عبد الله بن جعفر امرأة على رضى الله

نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها وجمالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بن أعلى ستين في الصداق . وقالت في تأويل قوله تعالى « في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن » إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمايتها ولا يزوجه من غيره كي لا يشاركه في مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية ، فأمر الأولياء بتزوج اليتامى أو بتزويجهم من غيرهم ، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة . وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضى الله عنها من عمر بن أبي سلمة رضى الله عنهما وهي صغيرة . والآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضى الله عنهم الخ . والتفصيل فيه فمن شاء زيادة على هذا فليرجع إليه

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١٥ : فإذا ثبت جواز تزويج الأولياء الصغير والصغيرة فلمهما الخيار إذا أدركا في قول أبي حنيفة ومحمد . وهو قول ابن عمر وأبي هريرة رضى الله عنهم ، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال : لا خيار لهما ، وهو قول عروة بن الزبير رضى الله عنهما . قال : لأن هذا عقد عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب والجد الخ ، وجه قولها أنه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها فإذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالامة إذا زوجها مولاهما ثم أعتقها . وهذا لأن أصل الشفقة موجود للولي ولكنه ناقص . يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الآباء ، وقد ظهر تأثير هذا النقصان حكما حين امتنع ثبوت الولاية في المال للأولياء ، فلا اعتبار بوجود أصل الشفقة نفذنا العقد ، ولا اعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار لأن ثبوت الولاية لكي لا يفوت الكف الذى خطبها فيكون بمعنى النظر

عنهم وابنته جميعا ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجوز النكاح . وقال :
كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يحل لها نكاح صاحبها فلا ينبغي للرجل
أن يجمع بينهما ^(٢)

لها ، وإنما يتم النظر باثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الأب فانه
وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد
لأنه بمنزلة الأب تثبت ولايته في المال والنفس

(١) رواه البيهقي من طريق عثمان بن عمر عن يونس عن الزهري قال : أخبرني
غير واحد أن عبدالله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي ثم ماتت بنت علي
فتزوج عليها بنتاً لعل أخرى . قال : وقد رواه ابن أبي ذئب عن عبد الرحمن بن
مهران عن عبدالله بن جعفر بمجوه ، ورواه من طريق جرير بن عبد الحميد عن
مغيرة عن قثم مولى آل العباس قال : جمع عبدالله بن جعفر بين ليلى بنت مسعود
النهمشلية وكانت امرأة علي رضي الله عنه وبين أم كلثوم بنت علي لفاطمة رضي الله
عنهما فكانتا امرأته . وأخرجه ابن سعد من طريق علي بن علي بن السائب أن
عبد الله بن جعفر تزوج ليلى امرأة علي وزينب بنت علي من غيرها . وأخرجه ابن
أبي شيبه من وجه آخر ، وعلقه البخاري وأخرجه الدارقطني : ولا بن أبي شيبه أيضا
من طريق عكرمة بن خالد أن عبدالله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقيف
وابنته . وله عن ابن علية عن أيوب سئل ابن سيرين عن ذلك فقال : لا بأس به ،
نبئت أن جبلة كان بمصر فعله . زاد الدارقطني له صحة ، وقال البيهقي : وعن أيوب
أنه قال : نبئت أن سعد بن قرحا رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها

(٢) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١١ ، ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة ونبئت
زوج قد كان لها من قبل ذلك ، يجمع بينهما ، لأنه لا قرابة بينهما . وقال ابن أبي
ليلى : لا يجوز ذلك ، لأن بنت الزوج لو كان ذكرا لم يكن له أن يتزوج الأخرى ،
لأنها منكوحة أبيه وكل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا لم تجز المناكحة بينهما
فالجاء بينهما نكاحا لا يجوز كالأختين ، ولكننا نستدل بحديث عبدالله بن جعفر

قال : وإذا نظر الرجل إلى فرج المرأة من شهوة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : تحرم على ابنه وعلى أبيه ، وتحرم عليه أمها وابنتها (١) .

رضى الله عنهما فإنه جمع بين امرأة على رضى الله عنه وابنته ، ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع ، وذلك غير موجود هنا ، وما قاله ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى إنما يعتبر إذا تصور من الجانبين كما في الأخنتين ، وذلك لا يتصور هنا فإن امرأة الأب لو صورتها ذكرًا جاز له نكاح البنت ، فعرفنا أنهما ليستا كالأختين ، ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد ، لأنه لا قرابة بينهما ، وكما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذلك للثاني ، وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويتزوج ابنه أمها أو ابنتها ، فإن محمد بن الحنفية تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه ، وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي على ابنه فأما أمها أو ابنتها تحرم عليه لا على ابنه ، فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٣٠٨ : ولو نظر إلى فرجها بشهوة ثبت به الحرمة عندنا استحساناً ، وفي القياس لا تثبت . وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي لأن النظر كالتفكر إذ هو غير متصل بها ، ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الانزال ؟ ولأن النظر لو كان موجبا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة ، ولكننا تركنا القياس بحديث أم هانئ رضى الله عنها . قلت : قال الجصاص رواه جرير بن عبد الحميد عن الحجاج عن أبي هانئ . وذكر البيهقي أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها » وعن عمر رضى الله عنه أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فتمال : أما إنها لا تحل لك . وفي الحديث : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع ، لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للاستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال ، فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس ، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء ، ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في الملك ، بمنزلة المس عن شهوة ، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء . ثم معنى الشهوة الماء تبرة في المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها . فأما

بلغنا ذلك عن إبراهيم^(١) . وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه خلا
بجارية له فجردها وأن ابنه استوهبها فقال له : إنها لا تحل لك^(٢) . وبلغنا

مجرد الاشتواء بالقلب غير معتبر ، ألا ترى أن هذا التقدير يكون من الشيخ
الكبير الذى لاشهوة له ؟ والنظر إلى الفرج الذى تتعلق به الحرمة هو النظر إلى
الفرج الداخلى دون الخارج وإنما يكون ذلك إذا كانت متكئة أما إذا كانت
قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر . ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب
تتعدى إلى آباءه وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعاً ،
وكذلك تتعدى إلى جداتها وإلى نوافلها ، لما بيننا أن الأجداد والجدات بمنزلة
الآباء والأمهات ، والنوافل بمنزلة الأولاد فيما تنبئ عليه الحرمة ، وذلك كله مروى
عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى . وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت
عليه امرأته ، نقل ذلك عن أبي بن كعب رضى الله عنه . وكأن المعنى فيه أن الحرمة
بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب ، وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع
بقاء النكاح فكذلك هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه

(١) لم أجد من وصله وروى محمد فى آثاره وحججه عن أبي حنيفة عن حماد
عن إبراهيم قال : إذا قبل الرجل أم امرأته أو لمسها من شهوة حرمت عليه امرأته .
قال : وبه نأخذ ، وهو قول أبي حنيفة . وأخرج فى الآثار عنه عن إبراهيم بن محمد
ابن المنتشر عن أبيه عن مسروق قال : يبيعوا جاريتى هذه أما لى لم أصب منها إلا
ما يحرمها على ابنى من لمس أو نظر . قال محمد : وبه نأخذ ، إلا أنا لا نرى النظر شيئاً
إلا أن ينظر إلى الفرج بشهوة فإن نظر إليه بشهوة حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت
عليه أمها وابنتها ، وهو قول أبي حنيفة . وقال الامام أبو بكر الجصاص فى أحكام
القرآن ج ٢ ص ١٢١ : وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال :
« لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » . قلت : وأخرجه الدارقطنى
عن حفص بن غياث عن ليث عن حماد . وأخرجه ابن أبى شيبة أيضاً بسنده إلى حماد
الحديث . وأخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم قوله

(٢) قال الامام الجصاص فى أحكام القرآن : وروى الأوزاعى عن مكحول

عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وأنها^(١) » وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يحرم من ذلك شيء ما لم يلمسه . قال : وإذا نظر الرجل إلى فرج أمته من شهوة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تحل لأبيه ولا لابنه ، ولا تحل له أمها ولا بنتها . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هي له حلال حتى يلمسها^(٢)

أن عمر جرد جارية له فسأله إياها بعض ولده فقال : إنها لا تحل لك . وروى حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه جرد جارية ثم سأله إياها بعض ولده فقال : إنها لا تحل لك ، وروى المثني عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر أنه قال : أيمارجل جرد جارية له فنظر إليه منها ، يريد ذلك الأمر ، فإنها لا تحل لابنه . قلت : وحديث عمر رضى الله عنه أخرجه ابن أبي شيبة ومالك كما في كنز العمال

(١) لم أقف على مخرجه . وروى محمد في كتاب الحجة على أهل المدينة عن قيس بن الربيع الأسدي عن أبي حصين عن خيثمة بن عبد الرحمن الجعفي قال : مكتوب في التوراة : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وبنتها »

(٢) قلت : هذه المسألة والتي قبلها لا فرق بينهما بل هما متشابهان من حيث الوطء . قال في المبسوط ج ٤ ص ٣٠٧ : كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقويل عن شهوة عندنا سواء كان في الملك أو في غير الملك . إلى أن قال : ولكننا نستدل بآثار الصحابة رضى الله عنهم ، فتدروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها » وعن مسروق قال : « بيعوا جاريتي هذه أما إنى لم أصب منها ما يحرمها على ولدى من المس والقبلة » قلت : وقد مرت الرواية برواية الآثار وفيه « إلا ما يحرمها على ولدى » فلعل إلا سقط هنا من الأصل ، والله أعلم . قال : ولأن المس والتقويل سبب يتوصل به إلى الوطء فإنه من دواعيه ومتمداته فيقام مقامه في إثبات الحرمة كما أن النكاح الذى هو سبب الوطء شرعا يتنام مقامه في إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهي

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة بشاهدين من غير أن يزوجها ولى والزوج كفاء لها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النكاح جائز ^(١) ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم وأبى وليها أن يزوجها كان للحاكم أن يزوجها ولا يسعه إلا ذلك ولا ينبغي له غيره ؟ فكيف يكون ذلك من الحاكم والولى جائزا ولا يجوز ذلك منها وهى قد وضعت نفسها فى الكفاءة ؟ بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا الزوج إلى على رضى الله عنه فأجاز على النكاح ^(٢) . وكان ابن

الريبة ، وهذا لأن الحرمة تنبنى على الاحتياط فيقام السبب الداعى إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطاً وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية فى إثبات الحرمة دون سائر الأحكام

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ١٠ بعد ما ذكر حديث على رضى الله عنه الذى ذكره هنا : وفى هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولى أن يزوجها فزوجها جاز النكاح فى ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفواً لها أو غير كفاء . فالتكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفواً لها فلأولياء حق الاعتراض . وفى رواية الحسن إن كان الزوج كفواً لها جاز النكاح وإن لم يكن كفواً لها لا يجوز . وكان أبو يوسف أولاً يقول : لا يجوز تزويجها من كفاء أو غير كفاء إذا كان لها ولى ثم رجع وقال : إن كان الزوج كفواً لها جاز النكاح وإلا فلا ، ثم رجع فقال : النكاح صحيح سواء كان الزوج كفواً لها أو غير كفاء لها . وذكر الطحاوى قول أبى يوسف أن الزوج إن كان كفواً أمر القاضى الولى بإجازة العقد فإن أجازته جاز ، وإن أبى أن يجيزه لم ينفسخ ، ولكن القاضى يجيزه فيجوز ، وعلى قول محمد يتوقف نكاحها على إجازة الولى سواء زوجت نفسها من كفاء أو غير كفاء فإن أجازته الولى جاز وإن أبطله بطل ، إلا أنه إذا كان الزوج كفواً لها ينبغي للقاضى أن يحدد العقد إذا أبى الولى أن يزوجها منه

(٢) ذكره بلاغا ، وكذا ذكره محمد فى كتاب النكاح ، ووصله فى كتاب الحجة على أهل المدينة ، فرواه عن أبى يوسف عن سليمان بن أبى سليمان يعنى أبا إسحاق

أبي ليلى لا يجوز ذلك^(١). وقال أبو يوسف : هو موقوف وإن رفع إلى الحاكم وهو كفء أجزت ذلك كأن القاضى هاهنا ولى بلغه أن ابنته قد تزوجت فأجاز ذلك

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة فأعلن المهر وقد كان أسر قبل ذلك مهرا وأشهد شهودا عليه وأعلم الشهود أن المهر الذى يظهره فهو كذا وكذا سمعة يسمع بها القوم وأن أصل المهر هو كذا وكذا الذى فى السر ثم تزوج فأعلن الذى قال ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المهر هو الأول

الشييانى عن أمه عن بحرية ابنة هانىء أنها أنكحت نفسها القعقاع بن المسور فخاصمه أبوها إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فأجاز النكاح وقد دخل بها ، وروى عن أبى يوسف عن أبى إسحاق الشيبانى عن أبى قيس الأودى أن امرأة معه فى الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا زوجها إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فأجاز النكاح . ورواه البيهقى من طريق أبى معاوية عن أبى إسحاق عن أبى قيس ، وفى رواية سماها سلمة من عائد الله زوجها أمها . وروى الأول من طريق هشيم وأبى عوانة وابن إدريس عن الشيبانى عن بحرية بنت هانىء بن قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع بن شور وبات عندها وجاء أبوها فاستعدى عليها فقال أدخلت بها ؟ قال : نعم ، فأجاز النكاح ، فقال ابن شور وقال بحرية مجهولة . وفى الجوهر النقى : وقد جاء من وجه آخر قال ابن أبى شيبه حدثنا ابن فضيل عن أبيه عن الحكم قال : كان على إذا رفع إليه رجل تزوج امرأة بغير ولى فدخل بها أمضاه . فتمد روى من وجوه يشد بعضها بعضها . قلت : ورواه أيضا محمد فى كتاب الحجة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة عن القاسم بن عبد الرحمن فى قصة فريعة والمسيب ابن نجبة عن عبد الله بن مسعود أنه أجاز قول فريعة فى قبول ثبت المسيب

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ١١ : وأما من جوز النكاح بغير ولى استدل بقوله تعالى : « فلا جناح عليهن فيما فعلن فى أنفسهن » وقوله تعالى : « حتى تنكح

وهو المهر الذى فى السر والسمعة باطل الذى أظهر للقوم . وبه نأخذ^(١) .

زوجا غيره » وقوله تعالى : « أن ينكحن أزواجهن » أضاف العقد إليهن فى هذه الآيات فدل أنها تملك المباشرة . والمراد بالعضل : المنع حسا بأن يحبسها فى بيت ويمنعها من أن تتزوج ، وهذا خطاب للأزواج فانه قال فى أول الآية : « وإذا طلقت النساء » وبه نقول إن من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له أن يمنعها من التزوج بزواج آخر . وأما الأخبار فقوله صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم اسم لامرأة لازوج لها ، بكرأ كانت أو ثيبا . وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة ، وهو اختيار الكرخى قال : الأيم من النساء كالأعزب من الرجال ، بخلاف ما ذكر محمد أن الأيم اسم للثيب . وقد بينا هذا فى شرح الجامع . وقال صلى الله عليه وسلم : « ليس للولى مع الثيب أمر » وحديث الخنساء حيث قالت بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولكنى أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من أمور بناتهم شيء . ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضى الله عنها اعتمدت بأعذار من جملتها أن أولياءها غيب ، فقال صلى الله عليه وسلم : « ليس فى أوليائك من لا يرضى بى » ، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، خاطب به عمر بن أبى سلمة وكان ابن سبع سنين ، وعن عمر وعلى وابن عمر رضى الله عنهم جواز النكاح بغير ولى ، وأن عائشة رضى الله عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وهو غائب فلما رجع قال : أو مثلى يفتات عليه فى بناته ؟ فمالت عائشة رضى الله عنها : أو ترغب عن المنذر ؟ والله تملكه أمرها ! وبهذا تبين أن ما رويوا من حديث عائشة رضى الله عنها غير صحيح ، فان فتوى الراوى بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ، ومدار ذلك الحديث على الزهرى ، وأنكره الزهرى وجوز النكاح بغير ولى . ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاه أو على الصغيرة أو على المجنونة ، وكذلك سائر الأخبار التى رويوا على هذا تحمل أو على بيان النذب أن المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولى هو الذى يزوجه . والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه فانه أطال وفصل فأجاد رضى الله عنه (١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٨٧ : وإذا تزوجهما على مهر فى السر وسمع

وكان ابن أبي ليلى يقول : السمعة هي المهر والذي أسر باطل . أخبرنا أبو يوسف عن مطرف عن عامر قال : إذا أسر الرجل مهراً وأعلن أكثر من ذلك أخذ بالعلانية . أخبرنا أبو يوسف عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن شريح وإبراهيم مثله

قال : وإذا زوج الرجل ابنته وقد أدركت ، فإن أباحنيقة رضى الله عنه كان يقول : إذا كرهت ذلك لم يحز النكاح عليها لأنها قد أدركت وملكتم أمرها فلا تكرهه على ذلك . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :

في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية ، وهذا على وجهين : إن كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدتا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية ، لأن تلك المواضعة ما كانت لازمة ، وجعل ما عقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السر والعلانية سمعة ، فحينئذ المهر ما سمي لها في السر ، لأنهما في الأشهاد أظهرتا أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر ، والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى ، فإنه يقول : كما لا يعمل الهزل في جانب المشكوكه فكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية ، فأما إذا تعاقدتا في السر بألف وأشهدتا أنهما يحددان العتد بألفين سمعة فالمهر هو الأول ، لأن العقد الثاني بعد الأول لغو ، وبالأشهاد علمتا أنهما قصدا الهزل بما سمعا فيه . وإن لم يشهدا في ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب أن المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر . قالوا : وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الأول ، لأن العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضا يلغو . وعند أبي حنيفة أصل العقد الثاني وإن صار لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنأمنه : هذا ابني فإنه لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد ، وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن لغا صريح كلامه في حكم النسب بقي معتبرا في حق العتق

«البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»^(١)، فلو كانت إذا أكرهت أجبرت على ذلك لم تستأمر . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : النكاح جائز عليها وإن كرهت^(٢)

(١) أخرج الحارثي من طريق أبي يوسف وأسد بن عمرو والحسن بن زياد والحماني وغيرهم عن الامام عن شيبان بن عبد الرحمن عن يحيى بن أبي كثير عن المهاجر بن عكرمة عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح البكر حتى تستأمر ورضاها سكوتها ، ولا تنكح الثيب حتى تستأذن » وأخرجه طلحة بن محمد من طريق محمد والمقرئ وحمزة وأسد والحسن وغيرهم ، وابن خسرو من طريق المقرئ والأشعري والسيناني والكلاعي من طريق الوهبي عنه . قلت : وأخرجه الامام محمد في الحجّة عن مالك عن نافع بن جبير عن مطرف عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها » وأخرج حديث ابن عباس مسلم والأربعة . وفي الباب عن علي ومعاذ وابن عمر وأبي ذر والمقداد وابن مسعود وجابر وعمران والمسور وابن عمرو وأنس وأمّهات المؤمنين عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش رضى الله عنهم ، وأكثرها صحيحة

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢ : وحجتنا في ذلك حديث أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة . وفي حديث آخر قال في البكر : « يزوجها وليها ، فان سكنت فقد رضيت ، وإن أبت لم تكره » وفي رواية فلا يجوز عليها . والدليل عليه حديث الخنساء ، فانها جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبي زوجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة ، فقال صلى الله عليه وسلم : « أجزى ما صنع أبوك » فقالت : مالى رغبة فيما صنع أبي ! فقال صلى الله عليه وسلم : « اذهبي فلا نكاح لك انكحي من شئت » فقالت : أجزت ما صنع أبي ولكنني أردت أن يعلم النساء أن ليس للأباء من أمور بناتهم شيء . ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب ، فدل أن الحكم لا يختلف . وفي الحديث المعروف : « البكر

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة ثم اختلفا في المهر فدخل بها وليس بينهما بينة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول في ذلك : لها مهر مثلها إلا أن يكون ما ادعت أقل من ذلك فيكون لها ما ادعت . وكان ابن أبي ليلى يقول : إنما لها ما سمي لها الزوج وليس لها شيء غير ذلك : وبه نأخذ (١) . ثم قال أبو يوسف : بعد أن أقر الزوج بما يكون مهر مثلها أو قريبا منه قبل منه وإلا لم يقبل منه

تستأمر في نفسها وسكوتهما رضاها ، فدل أن أصل الرضا منها ، والشافعي رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث أصلا ، فانه يقول في حق الأب والجد : لا يشترط رضاها ، وفي تزويج غير الأب والجد لا يكتفى بسكوتهما ، وما علق في حديث آخر من الحق لها بصفة الثيوبة المراد به في حق الضم والتفرد بالسكنى ، يعنى أن الولي أن يضم البكر إلى نفسه ، لأنه يخاف عليها أن تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم ، وللثيب أن تنفرد بالسكنى لأنها آمنة من ذلك . والمعنى فيه أنها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب الخ . وزيادة التفصيل في المبسوط

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٦٥ : وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف ، وقالت المرأة ألفان ، ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها ، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر جدا . وجه قولهما أنهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة ، كما لو اختلفا في بدل الخلع والعق بمال . ولا معنى للمصير إلى تحكيم مهر المثل ، لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية ، وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى ، وذلك مانع وجوب مهر المثل ، ولا معنى للتحالف بينهما ، لأن التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ . والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج ، ولا يصار إلى تحكيم المتعة فكذا في حال قيام العقد ، لأن المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله . وأما أبو حنيفة

قال : وإذا أعتقت الأمة وزوجها حر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يجعل لها الخيار ، إن شاءت اختارت نفسها ، وإن شاءت أقامت مع زوجها ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا خيار لها . ومن حجة ابن أبي ليلى في بريرة أنه يقول : كان زوجها

ومحمد رحمهما الله تعالى قالا : لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه إلا بتسمية صحيحة ، فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصلي كالصباغ ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر فإنه يصار إلى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى . وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر ، لأنه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية . ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فإنه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسليم ، فيشبهه البيع من هذا الوجه فإذا وقع الاختلاف في البذل يجب التحالف ، بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال . وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم المنفعة على ما نص عليه في الجامع . والتفصيل في المبسوط . وقال في معنى قوله : إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً : والأصح أن مراده أن يدعى شيئاً قليلاً يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٩٨ : وإذا أعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته باذن المولى فلها الخيار ، إن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت فارقت ، لما روى أن عائشة رضى الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ملكت بضعك فاخترى » وكان زوجها مغيث يمشى خلفها ويبكى وهي تأباه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه : « ألا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له ! » ثم قال : « اتقى الله فإنه زوجك وأب ولدك » فقالت أتأمرني ؟ فقال : « لا إنما أنا شافع » فقالت : إذا لا حاجة بي إليه . فاخترت نفسها . وكأن المعنى فيه أن ملك الزوج يزداد عليها بالعتق ، فإن قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرين وعدتها حيضتان ، وذلك كله يزداد بالعتق وهي لا تتوصل إلى رفع هذه الزيادة إلا برفع أصل العقد ، فأثبت الشرع لها الخيار لهذا ، ولهذا لو

عبداً^(١) . ومن حجة أبي حنيفة في ذلك أنه يقول : إن الأمة لا تملك نفسها ولا نكاحها . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه خير بريرة حين عتقت^(٢) . وقد بلغنا عن عائشة رضي الله عنها أن زوج بريرة

اختارت نفسها كان فسحلاً طلاقاً بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد ، وفي حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقاً ، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقاً ويستوى إن كان الزوج حراً أو عبداً عندنا ، إلى أن قال : والرواة اختلفوا في زوج بريرة رضي الله عنها فروى أنه كان عبداً وروى أنه كان حراً عند عتقها ، ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كأنه لم ينتمل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ملكك بضعتك فاخترى » وفي هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً

(١) وفي عقود الجواهر المنيفة ج ١ ص ١١٩ : ونقل (أى ابن الترمكي) عن ابن حزم في المحلى ما ملخصه أنه لا خلاف أن من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لأن عنده زيادة علم ، ثم لو لم يختلف أنه كان عبداً هل جاء في شيء من الأخبار أنه عليه السلام إنما خيرها لأنها تحت عبداً ؟ هذا لا يجدونه أبداً فافرق بين من يدعى أنه خيرها لأنه كان عبداً وبين من يدعى أنه خيرها لأنه كان أسود واسمه مغيث ، فالحق إذن أنه إنما خيرها لكونها عتقت فوجب تخير كل معتقة سواء كانت تحت حر أو عبد ، وإلى هذا ذهب ابن سيرين وطاوس والشعبي ، ذكر ذلك عبد الرزاق بأسانيد صحيحة . وأخرجه ابن أبي شبة عن النخعي ومجاهد ، وحكاها الخطابي عن حماد والثوري وأصحاب الرأي . وفي التمهيد : وبه قال مكحول . وفي الاستذكار إنه قول ابن المسيب أيضاً ، والله أعلم

(٢) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق علي بن يزيد عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أعتقت بريرة ولها زوج مولى لآل أبي أحمد فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترت نفسها ففرق بينهما ، وكان زوجها حراً . قلت : حديث عتيق بريرة وتخيرها أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها

كان حراً^(١)

قال : وإذا تزوجت وزوجها غائب كان قد نعى إليها فولدت من زوجها الآخر ثم جاء زوجها الأول ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الولد للأول وهو صاحب الفراش . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول :

(١) أخرجه الحارثي من طريق زيد بن الحباب سمعت أبا حنيفة وهو في المسجد الجامع بالكوفة يسأله قوم من أهل خراسان عن زوج بريرة أكان عبداً أو حراً فقال : كان حراً ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم ، حدثني حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة ، وأخرجه البخاري وغيره من الأئمة ، وأخرجه الامام محمد في كتاب الحججة عن أبي معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضى الله عنها ، وأخرجه عن عباد بن العوام عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عائشة ، وأخرجه عن عباد بن العوام عن سعيد بن أبي عروبة عن إبراهيم عن الأسود قال : سألت عائشة رضى الله عنها عن زوج بريرة فقالت : كان حراً ، وأخرجه عن إبراهيم مرسلًا وعن الشعبي موقوفاً

(٢) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق محمد بن بشر عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وأخرجه محمد بن طلحة من طريق عبد الوهاب ابن نجيدة عن الامام عن إسماعيل بن عياش الحمصي عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام حجة الوداع : « إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » ، والولد للفراش وللعاهر الحجر » الحديث بطوله ، وأخرجه القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي في مسند الامام من طريق أبي يوسف عنه عن علي بن مسهر عن الأعمش عن إسماعيل ابن عياش — الحديث . قلت : وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وعائشة وفي حديثها قصة سودة ، ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

الولد للآخر لأنه ليس بعاهر . والعاهر : الزانى لأنه متزوج . وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه (١) . وبه نأخذ (٢)

رفعه : « لادعوة فى الاسلام . ذهب أمر الجاهلية . الولد للفراش وللعاهر الحجر » ورواه البيهقى عن عثمان رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الولد للفراش وللعاهر الحجر ، وفيه قصة . ورواه الترمذى من حديث أبى أمامة ، ورواه أبو داود عن علي رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الولد للفراش ، وفيه قصة

(١) أخرجه الامام محمد فى دعوى الأصل ، وأخرجه البيهقى من طريق هشيم عن الشيبانى عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء زوجها أبوها فانطلق عبيد الله فلاحق بمعاوية فأطال الغيبة على امرأته ومات أبو الجارية فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى على رضى الله عنه فرد عليه المرأة ، وكانت حاملا من عكرمة فوضعها على يدى عدل فقالت المرأة لعلى : أنا أحق بمالى أو عبيد الله بن الحر ؟ فقال : بل أنت أحق بذلك ، قالت : فأشهدك أن كل ما كان لى على عكرمة من شئ من صداقى فهو له ، فلما وضعت ما فى بطنها ردها إلى عبيد الله بن الحر وألحق الوليد بأبيه (٢) وفى كتاب الدعوى من المبسوط ج ١٧ ص ٦١ محتجا للامام فى هذه المسألة : لأنه صاحب الفراش الصحيح ، فان نفيه لا يفسد فراشه ، والزوج الثانى صاحب الفراش الفاسد . ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح ، والمرأة مردودة على الزوج الاول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وإن ادعاه المولى ، لأن ملك اليمين لا يعارض النكاح فى الفراش بل الفراش الصحيح لصاحب النكاح بل أولى ، فان هناك ملك اليمين عند الانفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد غير مثبت للحل ، فان نفي الاول والآخر الولد أو نفاه أحدهما أو ادعيا أو ادعاه أحدهما فهو الاول على كل حال ، ولاحد ولا لعان لأنها غير محصنة حين دخل الزوج الثانى عليها بنكاح فاسد ، فلا يجرى اللعان بينها وبين الاول ، والنسب إذا ثبت بالنكاح لا ينتفى إلا باللعان . وكان ابن أبى ليلى يقول : الولد للثانى ، لأن

الفراش الفاسد يثبت النسب كالفراش الصحيح أو أقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفى بالنفى ، ثم الثانى إليها أقرب يدا والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبارا للحقيقة . وذكر أبو عصمة عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة رضى الله عنه أن النسب يثبت من الزوج الثانى كما هو قول ابن أبى ليلى ، وفيه حديث الشعبى ذكره [أى محمد] فى الكتاب (أى فى الدعوى من الأصل) أن رجلا من الجعفى زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية رضى الله عنه فزوج الجارية إخوتها ، فجاء ابن الحر فخاصم زوجها إلى على رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه : أما إنك الممالئ علينا عدونا ! فقال : أيمعنى ذلك من عدلك ؟ فقال : لا ، فقطضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر ، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال : الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر ، ولو ثبت وجب القول به . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الأول ، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الثانى سواء ادعىاه أو نفىاه ، لأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح فى حكم النسب ، فباعراض الثانى على الأول ينقطع الأول فى حكم النسب ويكون الحكم للثانى ، والتقدير فيه بأدنى مدة الحبلى اعتبارا للفاسد بالصحيح . وإنما قلنا إن الأول ينقطع بالثانى ، لأن بدخول الثانى بها تحرم على الأول ويلزمها العدة من الثانى ، ووجوب العدة ليس إلا لصيانة الماء فى الرحم ، فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثانى لم يكن لوجوب العدة عليها من الثانى معنى . وعلى قول محمد رحمه الله إن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها الثانى فهو للثانى ، وإن جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها فهو للأول ، لأن وجوب العدة عليها من الثانى بالدخول لا بالنكاح ، والحرمة إنما تثبت على الأول لوجوب العدة من الثانى فكانت حرمتها عليه بهذا السبب كحرمتها بالطلاق ، والتقدير بأدنى مدة الحبلى عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للسكان ، فإذا جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها الثانى يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثانى بها فى حال حلها للأول فكان النسب ثابتا منه ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثانى

باب الطلاق

قال: أخبرنا أبو يوسف عن الأشعث بن سوار ^(١) عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان يقول فى الحرام: إن نوى به يمينا فيمين وإن نوى طلاقا فطلاق وهو ما نوى من ذلك ^(٢). وإذا قال الرجل:

(١) هو أشعث بن سوار الكندى التوابى: جمع تابوت، الأفرق الأثرم. قاضى الأهواز كوفى. روى عن الحسن وابن سيرين وطائفة. وعنه شعبة وحفص ابن غياث وهشيم، وخلق. قال الثورى: أثبت من مجالد. قال ابن معين والدارقطنى ضعيف. وقال عبد الله بن أحمد الدورقى عن يحيى بن معين: أشعث بن سوار ثقة. قلت: روى له الأربعة إلا أبا داود ومسلم متابعة والبخارى فى الأدب المفرد. مات سنة ١٣٦

(٢) وأخرجه البيهقى من طريق سفيان عن أشعث بن سوار عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان يقول: نيته فى الحرام ما نوى، إن لم يكن نوى طلاقا فهى يمين. وروى من طريق أبى مسلم عن الأنصارى عن أشعث عن الحسن فى الحرام إن نوى يمينا فيمين، وإن نوى طلاقا فطلاق. وروى من طريق على بن الجعد عن شريك عن مخول بن راشد عن أبى جعفر فى الحرام إن نوى طلاقا فهى تطليقة واحدة وهو أملك بالرجعة، وإن لم ينو طلاقا فيمين يكفرها. قال (أى على بن الجعد): وأنا شريك عن مخول عن عامر عن ابن مسعود مثله. وروى عن عمر أنه كان يجعل الحرام يمينا. وروى عن سفيان عن حبيب بن أبى ثابت عن إبراهيم عن عمر أنه أتاه رجل قد طلق امرأته تطليقتين فقال: أنت على حرام، فقال عمر: لا أردّها عليك. وروى عن الشعبي فى الرجل يجعل امرأته عليه حراما قال: يقولون إن عليا جعلها ثلاثا، قال عامر: ما قال رضى الله عنه هذا إنما قال: لا أحلّها ولا أحزمها. قال البيهقى: وروينا فيما مضى عن على أنها ثلاث إذا نوى إلا أنها رواية ضعيفة. قلت: وقال الحافظ علاء الدين فى الجوهر: وقال صاحب الاستذكار: الصحيح عن على رضى الله عنه أنها ثلاث، وكذا مذهب زيد

كل حل على حرام ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول الزوج ، فان لم يعن طلاقا فليس بطلاق وإنما هي يمين يكفرها ، وإن غنى الطلاق ونوى ثلاثا فثلاث ، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة ، وإن نوى طلاقا ولم ينو عددا فهي واحدة بائنة ^(١) . وكذا إذا قال لامرأته : هي على

إلى أن قال : وذكر البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة وغيرهم قالوا : الحرام يمين يكفرها . وهذا يرد قول الشافعي ولا يكون يميناً ، وإذا كان الحرام يميناً فاليمين لا يكفر إلا بعد الحنث . وكلام هؤلاء محمول على ما إذا أطلق التحريم ولم يكن له نية ، وكلام على وغيره ممن جعله طلاقاً محمول على ما إذا نوى الطلاق . انتهى ما قاله الحافظ . وروى الامام محمد في كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن ابراهيم في الرجل يقول لامرأته : أنت على حرام : إن نوى الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتهما . قال محمد : وأما في قول أبي حنيفة فان نوى الطلاق فهو ما نوى ، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائن . وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائن ، وإن نوى واحدة يملك الرجعة فهي واحدة بائن ، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وإن لم ينو طلاقاً فهي يمين ، وهو مولى إن تركها أربعة أشهر لا يقربها بانث بالايلاء ، وإن لم تكن له نية فهو إيلاء أيضاً ، وإن نوى الكذب فليس بشيء . وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧١ : « ولو قال : كل حل على حرام يسأل عن نيته ، فإذا نوى يميناً فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه إلا أن ينويها فإذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة » وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحث وتلزمه الكفارة . فان فتح العينين والقعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الجنث عقيب التحريم موجوداً . ولكننا نقول : علمنا يقيناً أنه لم يرد به العموم لأن البر مقصود ولا تصور للبر إذا حمل على العموم ، فإذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذى به قوام النفس . ولا تدخل المرأة فيه إلا أن ينويها ، لأن إدخالها

حرام^(١). وكذلك إذا قال لامرأته: خلية أو برية أو بائن أو بة فالقول

بدون النية لمراعاة العموم وقد تعذر ذلك، والعادة أن المرأة إذا قصدت بالتحريم تخص بالذكر «فإن نواها دخلت فيه» لأن المنوى من محتملات لفظه، ولكن لا يخرج الطعام والشراب، حتى إذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث، لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ عن ظاهره «فاذا حنث سقط عنه الإيلاء» لأن الكفارة لزمته وارتفعت اليمين «وإن لم يكن له نية فهو يمين يكفرها» لأن الحرمة باليمين أدنى الحرمات «وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسألة الأولى» وعندنية الطلاق لا يكون يميناً. لأنه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين. فاذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين. وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد أنه لو قال لامرأتين: أنتما على حرام ينوى في إحداهما الطلاق وفي الأخرى اليمين أنه يكون طلاقاً فيهما جميعاً، وكذلك لو نوى في إحداهما الطلاق ثلاثاً وفي الأخرى واحدة يكون ثلاثاً فيهما جميعاً لأنه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين «وإن نوى الكذب فهو كذب» كما بينا في الفصل الأول

(١) وهذه المسألة في المبسوط ج ٦ ص ٧٠ مبسوط مدللة مشروحة أنقل لك بعض صورها: قال: وإن نوى الطلاق أى بالحرمان لأنها مفروضة في لفظ الحرام، ولم ينو عدداً فهذه واحدة بآنية لأن الطلاق قد صحت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة، وإن لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يميناً فإن تحريم الحلال يمين، قال الله تعالى: «يأيتها النبي لم تحرم ما أحل الله» إلى قوله تعالى: «قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم» جاء في التفسير أنه كان حرم مارية القبطية على نفسه، وفي بعض الروايات حرم الغسل على نفسه، وروى الضحاك عن أبي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم في هذا اللفظ أنه لو نوى الطلاق فهو طلاق وإن نوى اليمين فهو يمين، وعن ابن عمر قريباً منه، وعن زيد رضى الله عنه قال: يمين يكفرها. والشافعي رحمه الله يقول: تحريم الحلال لا يكون يميناً ولكن تجب به الكفارة في الزوجة والأمة خاصة، وكذلك إن لم يكن له نية فهو يمين، لأن الحرمة الثابتة باليمين دين الحرمة التي تثبت بالطلاق، وعند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن

قول الزوج وهو مانوى ، إن نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثا فثلاث^(١) بلغنا ذلك عن شريح^(٢) وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة ، وإن

فكان يمينا إن قربها كفر عن يمينه للحنث ، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالايلاء . وكذلك لو نوى الايلاء فهو ونية اليمين سواء ، وإن نوى الكذب فهو كذب لا حكم له ، لأن كلامه من حيث الظاهر كذب فانه وصفها بالحرمة وهي حلال له . قالوا : هذا فيما بينه وبين الله تعالى ، فأما في القضاء فلا يدين ، لأن كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعا فلا يلغى مع إمكان الاعمال ، وفي حمله على الكذب إلغاؤه . ولم يذكر في الكتاب ما لو قال : نويت به الظهار ، وذكر في النوادر أنه يكون ظهارا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان مانوى من محتملات لفظه ، وعند محمد لا يكون ظهارا لأن الظهار تشبيه المحللة بالحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار .
(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧٢ : ولو قال : أنت مني بائن أو بنة أو خلية أو برة فان لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل وتارة تكون في الصحبة والعشرة وتارة من النكاح ، واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال ، ولأن بدون النية معنى الطلاق مشكوك في هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل ، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثا فثلاث لأنه نوى أتم أنواع البينونة فان البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقيبه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقيبه وهو الثلاث ما لم تتزوج بزواج آخر فعملت نيته ، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عندنا خلافا لرفر رحمه الله . وقد بينا في الفصل الأول الكلام في هذا فان قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد ، وإن نوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهي واحدة بائنة عندنا الخ

(٢) روى الامام عن حماد عن إبراهيم أن عروة بن المغيرة أرسل إلى شريح وهو أمير الكوفة فسأله : يقول الرجل لامرأته : أنت طالق ألبتة ؟ فقال : كان على ابن أبي طالب رضى الله عنه يجعلها ثلاثا ، وكان عمر رضى الله عنه يجعلها واحدة

لم ينوطلاقا فليس بطلاق غير أن عليه اليمين مانوى طلاقا . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول فى جميع ما ذكرت : هى ثلاث تطليقات لاندينه فى شىء منها ولا نجعل القول قوله فى شىء من ذلك (١)

قال : واذا قال الرجل لامرأته : أمرك فى يدك فقالت : قد طلقت نفسى ثلاثا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا كان الزوج نوى ثلاثا فهى ثلاث ، وإن كان نوى واحدة فهى واحدة بائنة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هى ثلاث ولا يسأل الزوج عن شىء (٢)

وهو أملك برجعته . فتمال عروة بن المغيرة : فما تقول أنت ؟ قال شريح : أخبرتك بما قالوا ، فقال عروة بن المغيرة : عزمت عليك لما قلت فيها . قال شريح : أراه قد خرج منه الطلاق وقوله « أليته » بدعة فنيته عند بدعته ، فان كان أراد ثلاثا فثلاث ، وإن كان أراد واحدة فواحدة بائنة وهو خاطب . ثم قال إبراهيم : وقول شريح أحب إلى من قولها ، رواه عنه الحسن بن زياد فى مسنده . وأخرجه ابن خسرو أيضا فى مسنده من طريقه عنه . ورواه محمد عنه فى كتاب الآثار نحو ما رواه ابن زياد . قال محمد : وبه نأخذ . وهو قول أبي حنيفة

(١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٧١ : وعلى قول ابن أبي ليلى فى هذا ونظائره من الكنايات وهى ثلاث لا يدين فى شىء لأنه وصفها بكونها محرمة عليه والحرمة لا تثبت صفة للمحلل إلا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين فى محل واحد ، وصفة الحل لا تزول إلا بالتطليقات الثلاث ، فكان وقوع الطلاق موجبا لهذا اللفظ حتمية فلا يدين فى شىء آخر ، ولكننا نقول : وصفها بالحرمة أنواع ولها أسباب ، فاذا نوى نوعا أو سببا كان المنوى من محتملات كلامه فتصح نيته

(٢) وفى المبسوط ج ٦ ص ٢٢٢ : وعن ابن أبي ليلى هى ثلاث ولا يصدق فى القضاء إذا قال نويت واحدة لأنه فوض إليها بهذا الكلام جنس ما يملك عليها وذلك ثلاث ، ولكننا نقول : التفويض قد يكون خاصا وقد يكون عاما ، فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر ، وكذلك إن نوى

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول فى الخيار : إن اختارت نفسها فواحدة بائنة ، وإن اختارت زوجها فلا شيء . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : إن اختارت نفسها فواحدة يملك بها الرجعة ، وإن اختارت زوجها فلا شيء .

الطلاق فقط ، لأنه لا يثبت إلا القدر المتيقن عند الاحتمال ، وكذلك إن نوى اثنتين لأن هذا نية العدد وهى لا تسع فى هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة (١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٢١٢ : « ثم الخيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء إلا على قول على رضى الله عنه فإنه يقول يقع تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها » فكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا « فقال : إذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية ، ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنها إذا اختارت زوجها فلا شيء » وهذا لحديث عائشة رضى الله عنها قالت : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ، ولم يكن ذلك طلاقا « وإن اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا » وهو قول على رضى الله عنه ، وعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما واحدة رجعية ، وعلى قول زيد رضى الله عنه إذا اختارت نفسها فثلاث ، وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم ما يكون من الاختيار ، وعمر وابن مسعود رضى الله عنهما حملا على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ، ولكننا نأخذ فى هذا بقول على رضى الله عنه ، لأن اختيارها نفسها إنما يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس فى هذا اللفظ ما يدل على الثلاث ، لأن حكم مالكيته أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة ، ولهذا قلنا : وإن نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بائنة لأن هذا مجرد نية العدد منه ، وقوله « اختارى » أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله « أنت بائن » فنية الثلاث إنما تصح هناك باعتبار أنه نوى به نوعا من البينونة ، وهنا الاختيار لا يتنوع فبقى هذا مجرد نية العدد . قلت : فابن أبى ليلى اختار قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما إذا اختارت نفسها ، ولم يذكر السرخسى قوله

قال : واذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، طلقت بالتطليقة الأولى ولم يقع عليها التطليقتان الباقيتان . وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه ^(١) . بلغنا عن عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم رضى الله عنهم ^(٢) بذلك ، لأن امرأته ليست عليها

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٨٨ فى ابتداء باب من الطلاق قال رضى الله عنه : « رجل قال لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا عندنا » وهو قول عمر وعلى وابن عباس وأبي هريرة رضى الله عنهم . وقال الحسن البصرى : تقع واحدة بقوله طالق ، فتبين لا إلى عدة ، وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فلا يقع بها شيء كما لو قال : أنت طالق وطالق وطالق . ولكننا نقول : الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد ، لأن الموقع هو العدد فإذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ، ولهذا لو مانت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثاً لا يقع شيء ، وهذا لأن الكل كلمة واحدة فى الحكم ، فإن إيقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذا ، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض ، بخلاف قوله : أنت طالق وطالق وطالق ، لأنها كلمات متفرقة « فأما إذا قال : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، بانتهى بالاولى وكان الثنتان فيما لا يملك » وهو قول على وابن مسعود وزيد وإبراهيم « وقال ابن أبى ليلي : إذا كان فى مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات ، لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها كلام واحد . ولكننا نقول : كل كلمة إيقاع على حدة فلا تعمل إلا فى محل قابل له ، فإذا بانتهى بالاولى عدة لم تبق محلاً للوقوع عليها » ثم عند أبى يوسف تبين بالاولى قبل أن يفرغ من الكلام الثانى ، وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثانى « لجواز أن يلحق بآخر كلامه شرطاً أو استثناء ، ولكن هذا إنما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو ، فأما بدونها لا يتحقق الخلاف ، لأنه لا يلحق به الشرط والاستثناء

(٢) ذكر البيهقى فى سننه وحكى الشافعى فى كتاب اختلاف العراقيين ، أظنه عن أبى يوسف فى الرجل يقول لامرأته لم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق فالتطليقة الأولى ولم تقع عليها الباقيتان ، هذا قول أبى حنيفة ، بلغنا عن عمر بن

عدة فقد بانت منه بالتطليقة الأولى وحلت للرجال ، ألا ترى أنها لو تزوجت بعد التطليقة الأولى قبل أن يتكلم بالثانية زوجها كان نكاحها جائزاً ؟ فكيف يقع عليها الطلاق وهي ليست بامرأته وهي امرأة غيره ؟ وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليها الثلاث التطليقات إذا كانت من الرجل في مجلس واحد علي ما وصفت لك

وإذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة وشهد آخر أنه طلقها اثنين ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : شهادتهما باطلة لأنهما قد اختلفا . وكان ابن أبي ليلى يقول : يقع عليها من ذلك تطليقة لأنهما قد اجتمعا عليها . وبهذا نأخذ (١)

ابن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم بذلك ، قلت : ولم يسنده . وأخرج عن عمر وعلي في باب إمضاء الثلاث في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها قال : هي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . وروى عن سفيان عن عاصم بن بهدلة عن زر عن عبد الله قال : المطلقة ثلاثاً قبل أن يدخل بها بمنزلة التي قد دخل بها . وروى عن ابن عمرو وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة نحوه . قلت : المقصود منه بكلمة واحدة ، وأما إذا فصله فهو كما ذكر عنهم أبو يوسف كما أخرج أبو يوسف ومحمد في آثارهما عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه قال : إذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، بانت بالأولى وكانت الشتان فيما لا يملك ، وإذا طلقتها ثلاثاً جماعة فهي عليه حرام حتى تنكح زوجاً غيره ، وهذا لفظ أبي يوسف . قال محمد : وبهذا نأخذ . وهو قول أبي حنيفة . قلت : وقول عمر أخرجه سعيد بن منصور أيضاً . ذكره في كنز العمال

(١) قلت : وهو قول محمد أيضاً . قال السرخسي في ج ٦ ص ١٤٨ من مبسوطه : وإذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجمد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث ، لم تقبل

هذه الشهادة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما وابن أبى لىلى تقبل على الأقل ، لأن المعتبر اتفاق الشاهدين فى المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالتخلى تقبل ، وقد اتفق الشاهدان على الأقل . لأن الأقل موجود فى الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل . إلى أن قال : ثم لو ادعى ألفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق ، فكذلك إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين ينبغى أن تقبل على الأقل . وأبو حنيفة يقول : يختلف الشاهدان فى المشهود به لفظاً ومعنى فلا تقبل الشهادة . كما لو قال أحدهما إنه قال لها : خلية والآخر إنه قال لها : أنت برية . وإنما قلنا ذلك لأن أحدهما شهد بالواحدة والآخر بثنتين أو بثلاث ، والواحدة أصل العدد لا تركب فيها والاثنان والثلاث اسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ، ومن حيث إن اللفظ الواحد غير التثنية والجمع . والدليل عليه أن مدعى الاثنين أو الثلاثة لا يكون مقراً بالواحد إذ لو كان مقراً بالواحد لكان مرتداً بالشرك بعد ذلك فينبغى أن تقبل ، ولأن التظليقتين اسم واحد والتظليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزيد ونصر وناصر ، وكذلك فى آلاف والألفين ، وإذا ثبت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضى من القضاء بشيء ، بخلاف الألف مع الألف وخمسمائة فانهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر فيجعل الاتفاق بينهما على الألف لفظاً ومعنى ، وكذلك فى قوله طالق وطالق وفى قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فان الاتفاق هناك فى اللفظ ليس بشرط ، فأما بين الشهادتين الموافقة فى اللفظ شرط ، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل وشهد شاهدان بالاقرار به تقبل ، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لا تقبل ؟ وهذا لأن الشهادة تعتمد اللفظ ، ألا ترى أنها لا تقبل ما لم يقل : أشهد ؟ والذى يبطل مذهبهما ما ذكر فى كتاب الرجوع : لو شهد شاهدان بتظليقة وشاهدان بثلاث تظليقات وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمان نصف الصداق على شاهدى الثلاث دون شاهدى الواحدة ؟ ولو اعتبر ما قالوا أن الواحدة توجد فى الثلاث لكان الضمان عليهم جميعاً

قال : وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وقد دخل بها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : لها السكنى والنفقة حتى تنقضى عدتها . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لها السكنى وليس لها النفقة ^(١) . وقال أبو حنيفة

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٣٠١ : فأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت فى العدة عندنا ، وعلى قول الشافعى لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا ، وعلى قول ابن أبى ليلى لا نفقة للمبتوتة فى العدة . واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضى الله عنها قالت : « طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى » إلا أن فى صحة هذا الحديث كلاما ، فانه روى أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضى الله عنهما كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شىء فى يده . وعن عائشة رضى الله عنها قالت : تلك المرأة فنتت العالم ، أى بروايتها هذا الحديث . وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لاندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لاندري أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت ؟ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « للطالقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة » . وتأويله إن ثبت من وجهين : أحدهما أن زوجها كان غائبا فانه خرج إلى اليمن ووكّل أخاه بأن ينفق عليها خبز الشعير فأبّت هى ذلك ، ولم يكن الزوج حاضرا ليمضى عليه بشىء آخر . والثانى أنها كانت بذئئة اللسان على ما روى أنها كانت تؤذى أحماء زوجها حتى أخرجوها ، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم رضى الله عنه ، فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى . ثم لا خلاف فى استحقاتها السكنى ، فانه منصوص عليه بقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن » الآية . وقال تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم » فعلموا أنها قالوا : النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح ، وهذه العدة حق من حقوق النكاح ، فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة ، وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها مادامت فى العدة ، وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد ، ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه فى كسبه لماله فيه من ملك اليد ؟ ولا يدخل

رضى الله عنه : لم وقد قال الله عز وجل في كتابه : « فأنفقوا عليهم حتى يضعن حملهن » ؟ وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه جعل للمطلقة ثلاثا السكنى والنفقة (١)

قال : وإذا آلى الرجل من امرأته خلف لا يقربها شهراً أو شهرين أو ثلاثا ، لم يقع عليه بذلك إيلاء ولا طلاق ، لأن يمينه كانت على أقل من أربعة أشهر . حدثنا بذلك سعيد بن أبي عروبة (٢) عن عامر

عليه نفقة المهرهون ، فانه لا يكون على المرتن مع ملك اليدله ، لأن ملك اليد للمرتن في المالية دون العين فان يده يدا الاستيفاء وذلك في المالية دون العين . ثم ذكر نفقة الحامل واستواء الحامل والحائل فيها بالدلائل ، فمن شاء الاطلاع عليها فليرجع إليه . قلت : وما روى عن عمر أخرجه مسلم والترمذى من طريق أبى إسحاق عن الأسود ، ورواه القاضى إسماعيل والطحاوى عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن الشعبي عن النخعى عن عمر . وفيه سمعت رسول الله يقول : « لها السكنى والنفقة » ذكره الحافظ علاء الدين الترمكاني في الجوهر النقي . وذكره ابن حزم أيضا وأدخل بين حماد والشعبي حماد بن أبى سليمان . وليس هذا اللفظ عند مسلم والترمذى

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن عمر أنه كان يجعل للمطلقة ثلاثا السكنى والنفقة فقالت فاطمة ابنة قيس : طمئنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ، فقال عمر : « لاناخذ بقول امرأة لاندري صدقت أم كذبت وندع كتاب الله » . وأخرجه الأشئاني من طريق عبيد الله بن موسى عنه . وأخرجه الحارثى من طريق خلف ابن ياسين الزيات عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر موصولا . وأخرجه الحسن بن زياد عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن فاطمة وعمر رضى الله عنهما . وأخرجه ابن خسرو من طريق ابن زياد عنه . قلت : وأخرجه مسلم والترمذى من طريق أبى إسحاق عن الأسود ، وكذلك ابن شيبه والبيهقي

(٢) هو سعيد بن أبى عروبة مهران الشكرى مولا هم ، أبو النضر البصرى الحافظ العلم . روى عن الحسن والنضر بن أنس حديثا واحداً وأبى التياح ومطر

الأحول^(١) عن عطاء بن أبي رباح^(٢) عن ابن عباس رضى الله عنهما^(٣) وهو قول أبي حنيفة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو مول منها إن تركها أربعة أشهر بانت بالايلاء ، والايلاء : تطليقة بأداة^(٤)

الوراق ، وخلق . وعنه شعبة وابن علية . ويزيد بن زريع ومحمد بن جعفر وخلق . قال ابن معين : ثمة من أثبتهم في قتادة . وقال أبو حاتم : ثقة قبل أن يخلط . وقال دحيم : اختلط ستة خمس وأربعين ومائة . وقال النسائي : لم يسمع من عمرو بن دينار وزيد ابن أسلم والحكم بن عتيبة . قلت : روى له الستة . مات سنة ١٥٦

(١) هو عامر بن عبد الواحد البصرى الأحول . روى عن شهر بن حوشب ومكحول وسواهما ، وعنه سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائى . وثقه أبو حاتم . قال ابن معين : ليس به بأس ، وقال أحمد : ليس بالقوى . قلت : روى له الستة إلا أن البخارى فى جزء القراءة له . وذكره ابن حبان فى الثقات

(٢) ورواه أبو يوسف فى كتاب الآثار أيضا بهذا السند ، ولفظه : « من آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثا أو مادون الأربعة فليس عليه إيلاء » قال وذكر أبو حنيفة عنه نحو هذا ، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضا فى مصنفه من طريق عطاء عن ابن عباس باسناد صحيح ، وأخرجه البيهقى من طريق موسى بن إسماعيل ويونس بن محمد عن أبي قدامة الحارث بن عبيد عن عامر الأحول بسنده المذكور ، ولفظه « وكان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنين وأكثر من ذلك فمن كان إيلاءه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء »

(٣) وفى المبسوط ج ٧ ص ٢٢ : وإذا حلف لا يقر بها أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا عندنا ، وقال ابن أبي ليلى : هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة ، وهكذا كان أبو حنيفة يقول فى الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضى الله عنهما : « لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر » رجع عن قوله . وابن أبي ليلى استدلل بظاهر الآية : قال الله تعالى : « للذين يؤولون من نساءهم » والايلاء هو اليمين ، فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة ، ولكننا نقول : المولى من لا يملك قربان امرأته فى المدة إلا بشئ يلزمه ، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضى الشهر من غير أن يلزمه شئ ، فلم يكن موليا فى ترك مجامعتها مدة بغير يمين

وإذا حلف الرجل لا يقرب امرأته في هذا البيت أربعة أشهر فتركها أربعة أشهر فلم يقربها فيه ولا في غيره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس عليه في هذا إيلاء ، ألا ترى أن له أن يقربها في غير ذلك البيت ولا تجب عليه الكفارة ؟ وإنما الإيلاء كل يمين تمنع الجماع أربعة أشهر لا يستطيع أن يقربها إلا أن يكفر يمينه . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا : هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء ^(١) والإيلاء تطليقة بائنة

قال : وإذا ظاهر الرجل من امرأته فقال : أنت على كظهر أمي يوما أو وقت وقتا أكثر من ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو مظاهر منها لا يقربها في ذلك الوقت حتى يكفر كفارة الظهار ، فإذا مضى ذلك الوقت سقطت عنه الكفارة وكان له أن يقربها بغير كفارة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو مظاهر منها أبدا ، وإن مضى ذلك الوقت فهو مظاهر لا يقربها حتى يكفر كفارة الظهار ^(٢)

(١) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٥ : وإن حلف لا يقربها في مكان كذا أو في مصر كذا أو قال في أرض العراق ، لم يكن موليا عندنا . وقال ابن أبي ليلى : هو مول لأنه قصد الإضرار والتعنت يمينه فلزمه حكم الإيلاء . ولكننا نقول : اليمين إذا وقعت بمكان توقفت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شيء ، فلا يتحقق به منع حقه في الجماع

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢ : أنت على كظهر أمي اليوم فهو كما قال لا يقربها في ذلك اليوم حتى يكفر ، فإذا مضى اليوم بطل الظهار . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى : هو مظاهر أبدا حتى يكفر ، وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق في أنه لا يتوقت بالتوقيت ، ولكننا نقول : موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة ، وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة ، وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل ، والحرمة بسبب اليمين ، فإذا احتمل التوقيت صح توقيته

قال : وإذا ارتد الزوج عن الاسلام وكفر ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : بانت منه امرأته إذا ارتد ، لاتكون مسلمة تحت كافر . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هي امرأته على حالها حتى يستتاب ، فان تاب فهي امرأته ، وإن أبى قتل وكان لها ميراثها منه ^(١)

قال : وإذا رجعت المرأة من أهل الاسلام إلى الشرك ، كان هذا والباب الأول سواء في قولها جميعا ، غير أن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يعرض على المرأة الاسلام ، فان أسلمت خلى سبيلها ، وإن أبت حبست في السجن حتى تنوب ولا تقتل . بلغنا ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما ^(٢).

ولا يبقى بعد مضى الوقت ، بخلاف الطلاق فالحرمة هنا باعتبار زوال الملك أو لا لعدم محل الحل وذلك لا يحتمل التوقيت ، وعلى هذا لو قال : أنت على كظهر أمى شهراً أو حتى يقدم فلان ، فهو كما قال ، ويسقط بمضى الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضى وقتها

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٥٩ : وابن أبي ليلى يقول : لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد ، فان تاب فهي امرأته ، وإن مات أو قتل ورثته ، وجعل هذا قياس إسلام أحد الزوجين على ما بينا . ولكننا نقول : الردة تنافى النكاح ، واعتراض سبب المنافى للنكاح ، موجب للفرقة بنفسه كالحرمة ، فأما اختلاف الدين عينه لا ينافى النكاح ، حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية ، وكذلك الاسلام لا ينافى النكاح ، فان النكاح نعمة وبالا سلام تصير النعم محرزة له ، فلهذا لا تقع الفرقة هناك إلا بقضاء القاضى بعد إباء الآخر . ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن كان لم يدخل بها ، ونفقة العدة إن كان دخل بها ، وإن كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها إن كان قبل الدخول ، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول . والكلام في أن هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بينا

(٢) أخرجه أبو يوسف في خراجه عن الامام عن عاصم عن زر عن ابن

وكان ابن أبي ليلى يقول : إن لم تقب قتلتي . وبه نأخذ^(١) . ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه . وكيف تقتل وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عباس قال : « لا تقتل النساء إذا هن ارتدن عن الاسلام ولكن يحبس ويدعين إلى الاسلام ويجبرن عليه » وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه ومحمد في الآثار عنه وقال عن أبي رزين في مكان زر ، ولفظه « لا يقتل النساء إذا ارتدن عن الاسلام ويجبرن عليه » وأخرجه الدارقطني ، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الامام ، وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم ، وأخرجه الدارقطني عن الثوري عن الامام عن عاصم . وروى الدارقطني عن خلاص عن علي : المرتدة تستتاب ولا تقتل . وروى عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد (أى الأنصارى) أن عمر أمروا في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات مائة عليها ولا تباع في أهل دينها ، وروى الطبراني عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه إلى اليمن : « أيما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقل منها وإن أبت فاستبها » وإسناده ضعيف ، وعن أبي هريرة أن امرأة ارتدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتلها ، أخرجه ابن عدى في ترجمة حفص بن سليمان الأسدي وهو ضعيف عند أهل الحديث . فمن تأمل في هذه الطرق علم أن للحديث أصلا ، بل يرتقى بكثرة الطرق والشواهد إلى الحسن . وقد تابع الامام أبو مالك النخعي وحديثه صاف عن الغبار لأن رواته ثقات ، وتابعه الثوري كما هو عند عبد الرزاق والدارقطني ، وهو مذهب الثوري ، ذكره ابن عبد البر ، وهذا دليل صحة الحديث عنده . وفي التمهيد : وروى قتادة عن خلاص عن علي مثله ، وهو قول الحسن وعطاء

(١) وفي المبسوط ج ١٠ ص ١٠٨ : ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الاسلام عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : تقتل إن لم تسلم . وهكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الابتداء ثم رجع . وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنها تخرج في كل قليل وتعزر تسعة وثلاثين سوطا ، ثم تعاد إلى الحبس إلى أن تتوب أو تموت . واستدل الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » وتبين أن الموجب للقتل تبديل الدين ، لأن مثل هذا في لسان صاحب الشرع

عن قتل النساء في الحروب من أهل الشرك (١) ؟ فهذه مثلهم

لبيان العلة ، وقد تحقق تبديل الدين منها ، وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة يقال لها أم مروان الخ وأطال حجته قال : وحجتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء ، وفيه حديثان : أحدهما : ما رواه رباح بن ربيعة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى في بعض الغزوات قوما مجتمعين على شيء فسأل عن ذلك فقالوا : ينظرون إلى امرأة مقتولة فقال : لو أحد أدرك خائداً وقال له : لا تملن عسيفاً ولا ذرية ! والثاني : حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة فقال : « من قتل هذه ؟ » قال رجل : أنا يا رسول الله ، أردفتها خافي فأهوت إلى سيني لتقتلني ، فقال : ما شأن قتل النساء ؟ وارهأ ولا تعد ! ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة امرأة مقتولة فقال : ها ما كانت هذه تقاتل ! ففي هذا بيان أن استحقاق القتل بعلة القتال ، وأن النساء لا يقتلن لأنهن لا يقاتلن . وفي هذا لافرق بين الكفر الأصلي وبين الكفر الطارئ . وما روى من الحديث غير مجرى على ظاهره ، فالتبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم ، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فنخصه ونحمله على الرجال بدليل ما ذكرنا . والمرتدة التي قتلت كانت مقاتلة ، فان أم مروان كانت تقاتل وتحرض على القتال ، وكانت مطاعة فيهم الخ وأطال الاحتجاج . قلت : وفي حديث ابن عمر « نهى عن قتل النساء والصبيان » متفق عليه . وأما حديث رباح بن ربيعة الذي ذكره فأخرجه أبو داود وابن حبان وأحمد والنسائي والطحاوي (١) روى أبو داود من حديث أنس : « لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صغيراً ولا امرأة » وعبد البخاري ومسلم عن ابن عمر : « نهى عن قتل النساء والصبيان » . وأخرج أبو داود عن رباح بن الربيع بن صميف : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين فبعث رجلاً فقال : انظر ، فقال : امرأة قتيل ، فقال : « ما كانت هذه تقاتل » وأخرجه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه ، وفي رواية لأبي داود في حديث الصعب بن جثامة . وقال الزهري : ثم نهى بعد ذلك عن قتل النساء والصبيان . وروى الطحاوي عن ابن بريدة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث سرية قال لهم : « لا تقتلوا وليداً ولا امرأة » وروى

قال : وإذا قال الرجل : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو كما قال ، وأى امرأة تزوجها فهي طالق واحدة ^(١) . وبهذا نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يقع عليه الطلاق ،

عن أبي سعيد : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والولدان قال : هما لمن غلب . وروى عن ابن عمر أنه نهى عن قتل النساء والصبيان . وروى عن كعب بن مالك رفعه : نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق حين خرجوا إليه عن قتل الولدان والنساء . وروى عن حنظلة الكاتب : كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمر بامرأة لها خلق وقد اجتمعوا عليها ، فلما جاء أفرجوا ، فقال : ما كانت هذه تقاتل ، ثم أتبع رسول الله خالداً أن لا تقتل امرأة ولا عسيفاً . قلت : ورواه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه أيضاً ، وفيه : ذرية ، مكان امرأة

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٦ : ولو قال لامرأة : كلياً تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فهو كما قال ، يقع عليها ثلاث كلما تزوج بها الخ قال : وهذه المسألة تنبى على أصلنا أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص ، وهو قول عمر رضى الله عنه ، روى عنه ذلك في الظهار ، وعند الشافعى لا يصح ذلك ، وهو قول ابن عباس ، فانه سئل عن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، فتلا عليه قوله تعالى : «إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن» وقال : شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله ، وعلى قول ابن أبي ليلى إن خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين ، وإن عم فقال : كل امرأة لا تنعقد وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه . قلت : فرض المسألة في كلياً والمرأة المعينة ، ولم يذكر الحجة على ابن أبي ليلى واحتج للشافعى ثم احتج عليه ، وأجاب عن الامام وأطال . وقال في ص ٩٨ : إذا قال لامرأة : إذا تزوجتك أو إذا ما تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى تزوجتك ، فهذا كله للمرأة الواحدة ، لانه ليس في لفظه ما يدل على التكرار ، فان كلمة إن للشرط ، وإذا ومتى للوقت ، بخلاف ما لو قال : كلياً تزوجتك ، لأن كلمة كلياً تقتضى التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزوج مرة ، ولكن كلياً تزوجها يصير عند الزوج كالمجنز للطلاق

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ١٣٠ : وإذا قال : كل امرأة أتزوجها أبداً فهي

لأنه عمم فقال : كل امرأة أتزوجها ، فإذا سمي امرأة مسماة أو مصرا بعينه أو جعل ذلك إلى أجل ، فقولهما فيه سواء ، ويقع به الطلاق

قال : وإذا قال الرجل لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق أو قال : إذا تزوجت إلى كذا وكذا من الأجل امرأة فهي طالق ، أو قال : كل امرأة أتزوجها من قرية كذا وكذا فهي طالق ، أو من بني فلان فهي طالق ، فهما جميعاً كأننا يقولان : إذا تزوج تلك فهي طالق ، وإن دخل بها فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لها مهر ونصف مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق الذي وقع عليها قبل الدخول . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها نصف مهر ، ويفرق بينهما في قولهما جميعاً

طالق ، فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية ، لم تطلق ، لأن كلمة كل تقتضى جميع الأسماء لا تكرار الأفعال ، فأنما يتجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم ، ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة ، بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضى تكرار الأفعال ، وإنما قلنا ذلك ، لأن مقتضى كلمة كل الجمع فيما يتعقبها والذي يتعقب الكل الاسم دون الفعل ، يقال : كل رجل وكل امرأة ، ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل ، والذي يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم ، يقال كلما ضرب وكلما دخل ، ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو

(١) ونظير هذه المسألة مسألان : مسألة ذكرت في ص ١٣٢ ج ٦ من المبسوط تشابهان هذه المسألة ، ولم يذكر السرخسى في كتابه التي ذكرت هنا قال : « وإن قال : أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت حين تزوجها إن مات أو لم يمت » لأنها بنفس العقد استحققت اسم الأولية بصفة التفردية « فإن دخل بها فلها مهر ونصف مهر : نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول ، ومهر بالدخول بها » لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء ، والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر ، فإذا سقط الحد لشبهة وجب المهر . ومسألة ذكرت في ص ١٢٩

قال : وإذا قذف الرجل امرأته وقد وطئت وطئاً حراماً قبل ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا حد عليه ولا لعان ، وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه الحد ^(١) . ولو قذفها غير زوجها لم يكن عليه حد

وهي ولو قال : كلما تزوجت امرأة فمهي طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة . لم يذكر هذا (أى محمد) في الأصل . قال أبو يوسف في الأمالي : تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف ، وقال محمد : تطلق ثلاثاً وعليه لها أربعة مهور ونصف ، ذكره في الرقيات . وجه تخريج أبي يوسف أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول ، ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولسكنها تكون رجعية عنده ، لأنه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه ، وبنففس الزوج وجب مهر آخر ، وذلك مهران ونصف ، ثم بالدخول يصير مراجعاً والزوج في المرة الثالثة لغو فعنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف . وتخرج قول محمد أن بالزوج الأول وقعت تطليقة ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول ، وكذلك بالزوج الثاني والثالث ، لأن عنده وإن حصل الزوج في العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعاً قبل الدخول ، فتطلق ثلاثاً ، وعليه أربعة مهور ونصف . ولو قال : كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسألة بحالها ، فعند محمد هذا والأول سواء ، وعند أبي يوسف تطلق ثلاثاً بكل زوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف ، لأن بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام ، وكذلك يجب بكل دخول مهر تام ، فإذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفاً

(١) وفي باب اللعان من المبسوط ج ٧ ص ٤١ : وإذا قذف امرأته وقد زنت فلا حد عليه ولا لعان ، لأنها ليست بمحصنة ، وهو صادق فيما رماها به من الزنا . وكذلك إن وطئت وطئاً حراماً ، يريد الوطء بشبهة ، وعن أبي يوسف قال : يلاعنها ، وهو قول ابن أبي ليلى ، لأن هذا الوطء مثبت للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الاحصان كوطء المنكوحه في حالة الحيض ، ولكننا نقول : ووطء غير مملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الاحصان ، ولكن لا يجب به

في قول أبي حنيفة : وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه الحد ^(١) ينبغي في قول ابن أبي ليلى أن يكون مكان الحد اللعان

قال : وإذا قال الرجل لامرأته : لا حاجة لي بك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس هذا بطلاق وإن أراد به الطلاق . وبه نأخذ ^(٢) .

الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لإيجابه ، فلو أوجبنا على قاذفها الحد واللعان كان فيه إيجاب الحد بالشبهة ، وهذا فارق حكم النسب والعدة ، لأنه يثبت مع الشبهة

(١) ونظير هذه المسألة في المبسوط ج ٩ ص ١١٦ : باب الشهادة في القذف قال : ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهما . وحكى عن إبراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا بعينه أو بالزنا مبهما فعليه الحد ، لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الرامي صادقا وإنما يكون صادقا إذا نسبته إلى ذلك الزنا بعينه ففما سوى ذلك فهو كاذب ملحق بالشين به ، ولكننا نقول : رمى المحصن موجب للحد بالنص ، قال تعالى : « والذين يرمون المحصنات » والمحصن لا يكون زانياً ، فقاذف الزاني بالزنا قاذف غير المحصن ، وهو صادق في نسبته إلى أصل الزنا فلا يكون ملتزماً للحد

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً ، أفاده في المبسوط بقوله : عندنا . واحتج السرخسي لابن أبي ليلى فقال : لأنه نفي حاجته فيها على الإطلاق وحقيقة ذلك إذا صارت محرمة عليه ، وأما ما دامت محلة في حقه فله فيها حاجة طبعاً أو شرعاً ، لأن النساء خلنن لحوائج الرجال إليهن فكان هذا وقوله : أنت محرمة على سواء ، ولكننا نقول : قوله لا حاجة لي بك بمنزلة قوله : لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك ، وليس في شيء من هذه الألفاظ ما يدل على الطلاق ، والنية متى تجردت عن لفظ يدل عليه كان باطلاً . والأصل فيه ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرغبها رغبة فقال : « لا حاجة لي إلى النساء » الحديث . ومعلوم أنه ما كان الطلاق من محتملات لفظه ذلك

[وكان ابن أبي ليلى يقول : هي تطلق ثلاثاً ^(١)] وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : وكيف يكون هذا طلاقاً وهو بمنزلة : لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك ؟ فليس فى شيء من هذا طلاق

قال : وإذا قذف الرجل وهو عبد امرأته وهى حرة وقد أعتق نصف العبد أحد الشريكين وهو يسعى للآخر فى نصف قيمته ، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : هو عبد مابقى عليه شيء من السعاية وعليه حد العبد . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو حر وعليه اللعان . وبه نأخذ . وكذلك لو شهد شهادة أبطلها أبو حنيفة وأجازها ابن أبي ليلى . ولو قذف رجل هذا العبد الذى يسعى فى نصف قيمته لم يكن عليه حد فى قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، لأنه بمنزلة العبد ، وكان على قاذفه الحد فى قول ابن أبي ليلى . وبه نأخذ ^(٢) . ولو قطع هذا العبد يد رجل متعمدا لم يكن عليه

(١) زيادة من المبسوط ، وسقطت هذه الجملة من الأصل ، ولا بد منها ليعلم بها اختلافهما

(٢) وفى المبسوط ج ٧ ص ٢٠٢ باب عتق العبد بين الشركاء : أكثر مسائل هذا الباب تنبنى على أصل أبي حنيفة رحمه الله ، فإن العتق عنده يتجزى حتى إن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار فى النصف الباقي إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاها فى النصف الباقي فى نصف قيمته ، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب ، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعى يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعتق شتصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك » إلى أن قال : واستدل أبو حنيفة بحديث سالم عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شتصاً له فى عبده فان كان موسراً فعليه خلاصه ، وإلا فقد عتق ماعتق ورق مارق » وقال على رضى الله عنه : يعتق الرجل من عبده ما شاء . وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم « فهو حر كله » سيصير حراً كله باخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية

القصاص في قول أبي حنيفة رضى الله عنه . وبه نأخذ ، وهو بمنزلة العبد ، وكان عليه القصاص في قول ابن أبي ليلى ، وهو بمنزلة الحر في كل قليل أو كثير أو حد أو شهادة أو غير ذلك ، وهو في قول أبي حنيفة رضى الله عنه بمنزلة العبد مادام عليه درهم من قيمته . وكذلك هو في قولهما جميعاً لو أعتق جزءاً من مائة جزء أو بقى عليه جزء من مائة جزء من كتابته إن شاء الله تعالى . وإن كان أمة بين اثنين ولها زوج عبد أعتقها أحد موليهما وقضى عليها بالسعاية للآخر ، لم يسكن لها خيار في النكاح في قول أبي حنيفة حتى تفرغ من السعاية وتعتق ، وكان لها الخيار في قول ابن أبي ليلى يوم يقع العتق عليها . وبه نأخذ^(١) . ولو طلقت يومئذ كانت عدتها وطلاقها في قول أبي حنيفة

فيكون فيه بياناً أنه لا يستدام الرق فيما بقى منه ، وهو مذهبنا ، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتجزأ في المحل كالبيع . وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للسالية دون الرق ، فالرق اسم لضعف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعموبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق في المحل ، كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل ، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له ، فإذا ثبت أنه يملك السالية وملك السالية يحتمل التجزئ فأنما يزول بقدر ما يزيله ، ولهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله ، حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق ، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ ، وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق ، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ الخ . وأطال وأجاد . قلت : ولم يذكر هذه المسألة بصورتها في المبسوط وإنما هي متفرقة في الأبواب : اللعان ، وحد القذف ، والعتاق

(١) وهو قول محمد أيضاً كما علم سابقاً من أصلهما ، وهذه المسألة إلى ختمها وهو قوله : بمنزلة الحرة من تفريعات المسألة المذكورة قبلها ، والفروع في هذا الباب

رضى الله عنه عدة أمة وطلاق أمة . وكانت عدتها وطلاقها في قول ابن أبي ليلى عدة حرة وطلاق حرة . ولو لم يكن لها زوج وأرادت أن تتزوج لم يكن لها ذلك حتى يأذن الذي له عليها السعاية . فهي في قول أبي حنيفة بمنزلة الأمة ، وفي قول ابن أبي ليلى بمنزلة الحرة

قال : وإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحى هو أم ميت أو فلان ميت قد علم بذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يقع عليها الطلاق . وبهذا نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يقع عليها الطلاق . قال أبو حنيفة : وكيف يقع عليها الطلاق ولم يشأ فلان ؟ قال : وإذا قذف الرجل امرأته وقامت لها البينة وهو يحد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يلاعن . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : يلاعن ويضرب الحد^(٢)

بنيت على أصل واحد وهو أن العتق يتجزى عند الامام دون ابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد ، رضى الله عنهم

(١) قلت : وهو قول محمد أيضا . قال السرخسى في مبسوطه : ولو قال لها : أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحى أم ميت أو فلان ميت غلم بعد ذلك ، لم تطلق عندنا . وقال ابن أبي ليلى : هي طالق لأنه لا يتحقق مشيئة فلان بعدموته ، ويبقى أصل الإيقاع فيقع الطلاق ، ولسكنما نقول : التعليق بشرط لا يكون له تحقيماً للنفي فيخرج به كلامه من أن يكون إيقاعاً ، وهذا لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً إلى أن يوجد الشرط ، فإذا كان الشرط مما يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً إلى أن يوجد الشرط ، وإذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً أصلاً

(٢) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤ : « وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما . وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد . أما اللعان

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له مولاه : طلقها ، فإن أبا حنيفة كان يقول : ليس هذا باقرار بالنكاح إنما أمره بأن يفارقها فكيف يكون هذا إقراراً بالنكاح ؟ وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا إقرار بالنكاح

قال : وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة بائنة فأراد أن يتزوج في عدتها

فلأن النائب بالينة كالنائب باقرار الخصم . ثم قال ابن أبي ليلى : إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد . ولكننا نقول : إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه ؟ ولهذا لا يحد ^(١) وفي الهداية : « وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى : طلتها أو فارقها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد ، لأن رد هذا العمد ومتاركة يسمى طلاقاً ومفارقة ، وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى ، فكان الحمل عليه أولى . وقال في العناية : ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد : طلقتك كان متاركة ؟ وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة ، لأنه أليق بحال العبد المتمرد ، وقوله : أو هو أى الرد أدنى ، لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع » فكان الحمل عليه الأولى . فان قيل : قوله طلتها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة ، والعمل بالحقيقة يمكن فكيف صير إلى المجاز ؟ أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك ، وهى الافتيات على رأى المولى « وإن قال : طلتها تطليقة رجعية أو تطليقة تملك الرجعة فهذا إجازة ، لأن الطلاق الرجعى لا يكون إلا في نكاح صحيح فتعين الإجازة . وفي المبسوط : وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال مولاه : طلتها فهذا لا يكون إجازة للنكاح عندنا ، وعند ابن أبي ليلى هو إجازة ، لأنه أمره بإيقاع الطلاق ، والطلاق لا يقع إلا بعد صحة النكاح . ولكننا نقول : قوله طلتها بمنزلة قوله : فارقها أو دعها أو أتركها أو خل سبيلها ، وشئ من هذا لا يكون إجازة للنكاح . يوضحه أن الطلاق مشتق من الاطلاق وهو الارسال ، وفي إجازة النكاح إثبات القيد ، فالأمر بالارسال لا يكون إثباتاً للقيد منه

خامسة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أجزئ ذلك وأكرهه ^(١) له . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو جائز . وبه نأخذ

قال : وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها الميراث ما لم تتزوج

قال : وإذا طلق الرجل امرأته في صحته ثلاثاً فجحد ذلك الزوج وادعته

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٠٨ : رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد ما دخل بها ، ثلاثاً أو واحدة بائة أو خلعهما ، لم يجزله أن يتزوج أخرى مادامت في العدة ، لأن حرمة ما زاد على الأربع كحرمة الأختين ، فكما أن هناك العدة تعمل على حقيقة النكاح في المنع فكذا هنا . وقال في ص ٢٠٢ : ولا تتزوج المرأة في عدة أختها منه من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن ، وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى إن كانت تعتد منه من طلاق رجعي فليس له أن يتزوج أختها وإن كان من ثلاث أو خلعه فله أن يتزوج أختها في عدتها . وقد روى مثل مذهبه عن زيد ابن ثابت رضى الله عنه ، إلا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى ذكر في الأمالي رجوع زيد عن هذا القول ، وذكر الطحاوي رحمه الله قول زيد الآخر أنه ليس له أن يتزوجها ، وحكى أن مروان شاور الصحابة رضى الله عنهم في ذلك فاتفقوا على أنه يفرق بينهما ، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم . وقال عبيدة السلماني : ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت ، والمحافضة على الأربع قبل الظهر ، وذكر سليمان بن يسار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم المنع من نكاح أخت المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث . وكان الحسن البصري رحمه الله يقول : إن كانت حاملاً فليس له أن يتزوج أختها ، وإن كانت حائلاً فله أن يتزوجها ، ثم ذكر حجة الشافعي ثم حجة الامام وصاحبيه ، وفصل وأطال

(٢) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٥٤ : وإذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أو واحدة بائة ثم مات وهي في العدة . فلا ميراث لها منه في القياس ، وهو أحد أقوال الشافعي رحمه الله تعالى ، وفي الاستحسان ترث منه ، وهو قولنا . وقال ابن أبي ليلى : وإن

عليه المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلّقه القاضي ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ميراث لها . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها الميراث إلا أن تقر بعد موته أنه كان طلقها ثلاثاً

مات بعد انتضاء عدتها ترث منه مالم تتزوج بزواج آخر ، وهو قول الشافعى . وقال مالك رحمه الله تعالى : وإن مات بعد ما تزوجت بزواج آخر فلها الميراث منه . وجه القياس أن سبب الارث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات ، والحكم لا يثبت بدون السبب ، كما لو كان طلقها قبل الدخول ، ولأن الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجية أخرى . ولو انتزع النسب لابقى استحقاق الميراث به سواء كان فى صحته أو فى مرضه ، فكذلك إذا انتطعت الزوجية ، ولكننا استحسننا لاتفاق الصحابة رضى الله عنهم ، فقد روى إبراهيم قال : جاء غروة البارقي إلى شريح من عند عمر رضى الله تعالى عنه بخمس خصال ، منهن : إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ورثته إذا مات وهى فى العدة . وعن الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن الحصن الفزارى كانت تحت عثمان بن عفان رضى الله عنه ففارقها بعد ما حوصر بجلاء إلى على رضى الله عنه بعد ما قتل وأخبرته بذلك ، فقال : تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها ، وورثها منه . وأن عبدالرحمن بن عوف رضى الله عنه طلق امرأته تماضر آخر التطليقات الثلاث فى مرضه فورثها عثمان رضى الله عنه وقال : ما اتهمته ولكنى أردت السنة . وعن عائشة رضى الله عنها أن امرأة الفارترث ما دامت فى العدة . وعن أبي بن كعب رضى الله عنه أنها ترث مالم تتزوج . وقال ابن سيرين : كانوا يقولون : من فر من كتاب الله تعالى رد إليه ، يعنى هذا الحكم ، والقياس يترك بإجماع الصحابة رضى الله عنهم الخ والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إلى المبسوط

(١) وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً فى صحته فجحد ذلك الزوج وادعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلّنه القاضي على ذلك فلا ميراث لها منه عندنا ، لوجود الافرار منها بارتفاع النكاح فى حالة الصحة ، ولأنها تعلم أن سبب الارث غير متحقق وهو انتهاء النكاح بالوفاة ، وعلى قول ابن أبي ليلى : لها الميراث منه إلا أن يقر بعد موته أنه قد كان طلقها ثلاثاً ، لأن الزوج لما حلف وقضى القاضي

قال : وإذا خلا الرجل بامرأته وهي حائض أو وهي مريضة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لها نصف المهر ^(١) وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها المهر كاملاً

وإذا قال الرجل لامرأته : إن ضمنت إليك امرأة فأنت طالق واحدة فطلقها فبان من ذلك أنه انقضت العدة ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج تلك المرأة التي حلف عليها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يقع عليها الطلاق من قبل أنه لم يضمها إليها . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يقع عليها الطلاق

بقيام النكاح بينهما كان ذلك تكديماً منه لها في ذلك الاقرار ، والمقرر متى صار مكذباً شرعاً في إقراره يبطل حكم ذلك الاقرار ، فلماذا كان لها الميراث إلا أن يقر بعد موته إقراراً مستقبلاً أنه كان طلقها ثلاثاً ، ولكننا نقول : القاضى بعد يمين الزوج لا يقضى بالنكاح ولا يبطل الطلاق الواقع ولكن يمنعها من المنازعة والخصومة من غير حجة ويبقى ما كان على ما كان فلا يتضمن ذلك الحكم تكذيبها في الدعوى ، ألا ترى أن البيئة بعد اليمين لا تكون مقبولة ؟ وإذا تقرر هذا المعنى كان الاقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج في الحكم سواء

(١) وفي الهداية : وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أو نفل أو بعمره أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة ، حتى لو طلقها كان لها نصف المهر ، لأن هذه الأشياء موانع . أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر . وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفقر ، وهذا التفصيل في مرضها . وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة . والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء ، والحيض مانع طبعاً وشرعاً . قلت : المراد من المانع الشرعى النهى الذى ورد بقوله تعالى : «ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن» وأما المانع الطبيعى فهو الدم ، لأن طبيعة الانسان تكرهه وتعافه وفيه تلويث لبعض الأعضاء بالدم . وأما المرض العارض لأحدهما فمانع حتى

(٢) وفي المبسوط : وإذا قال الزوج لامرأته : إن ضمنت إليك أخرى فأنت

قال : وإذا قال الرجل : إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها على مهر مستقى ودخل بها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هي طالق واحدة بائنة وعليها العدة ولها مهر ونصف : نصف من ذلك بالطلاق ، ومهر بالدخول . وبه تأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها نصف مهر بالطلاق وليس لها بالدخول شيء . ومن حجته في ذلك أن رجلا آلى من امرأته فقدم بعد أربعة أشهر فدخل بامرأته ، ثم آتى (٢) ابن مسعود رضى الله عنه

طالق واحدة فطلقتها واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التي حلف عليها ، فانها لا تطلق عندنا . وقال ابن أبي ليلى : تطلق ، لأن عنده اليمين انعقد صحيحا في الملك ، والشرط وجد في الملك أيضا ، لأن الشرط ضم امرأة أخرى إليها ، وهذا الضم إنما يتحقق إذا اجتمعتا في نكاحه وذلك بعد ما تزوج بها ، ولكنا نقول : قوله إن ضمت إليك امرأة أخرى بمنزلة قوله : إن تزوجت عليك ، وهذا لأن ضم غيرها إليها إنما يتحقق إذا تزوج الأخرى وهي في نكاحه ، فأما إذا تزوج الأخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فانما ضمها هي إلى الأخرى ، ألا ترى أن الشرع حرم ضم الأمة إلى الحرة في النكاح ؟ ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقي نكاح الأمة صحيحا بخلاف ما إذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة

(١) قلت : وقد مر مثل هذه المسألة قبل ذلك في هذا الباب ، وليس بينهما فرق إلا أنه ذكر هنا : هي طالق واحدة بائنة ، ولم يذكر هناك : بائنة ، وزاد هنا احتجاجهما لها . وقد ذكرت شرح المسألة وحلها عن المبسوط وفيه كفاية فلا نعيده مرة ثانية

(٢) روى أبو يوسف فتوى ابن مسعود في كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن أنس آلى من امرأته فغاب ثم قدم بعد خمسة أشهر فوقع عليها ثم خرج إلى أصحابه ورأسه يتقطر فقالوا : أصبت من فلانة ؟ قال : نعم . قالوا : ألم تكن آليت منها ؟ قال : بلى . قالوا : نراها قد بانت منك ! فانطلقوا إلى علقمة فلم يجدوا عنده فيها شيئا . وانطلق بهم غلقة إلى عبد الله رضى الله عنه

فأمره أن يخطبها فخطبها وأصدقها صداقا مستقبلا ، ولم يبلغنا أنه جعل في ذلك الوطاء صداقا . ومن حجة أبي حنيفة رضى الله عنه أنه قال : قد وقع الطلاق قبل الجماع فوجب لها نصف المهر ، وجامعها بشبهة فعليه المهر ^(١) ، ولو لم أجعل عليه المهر جعلت عليه الحد . وقال أبو حنيفة : كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه صداق ^(٢) لا بد من الصداق ، إذا درأت الحد وجب الصداق ،

فذكروا له أمره وأمرها فقال : أخبرها أنها قد بان منك واطخطها ، ففعل وأصدقها مئاقيل فضة . وأخرجه الحسن بن زياد ومحمد في آثاريهما . قال محمد : وبه نأخذ . ونرى عليه صداقا لوقوعه عليها قبل النكاح الثاني ، وهو قول أبي حنيفة وإبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان . وأخرجه ابن خسر وأيضاً في مسنده من طريق ابن زياد عنه . قلت : ورواه ابن أبي شيبه عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن عاتمة ، قال : آلى ابن أنس من امرأته فلبثت ستة أشهر فبينما هو جالس في المجلس إذ ذكر فأتى ابن مسعود فقال : أعلمها أنها قد ملكت أمرها ، إلى آخره ، ذكره في الجوهر النقي

(١) أخرج الطحاوى بسند صحيح عن ابن المسيب أن رجلا تزوج امرأة في عدتها فرفع إلى عمر رضى الله عنه فضربهما دون الحد وجعل لها الصداق . وقال البيهقي : قال مسروق : رجع عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن قوله في الصداق وجعله لها بما استحل من فرجها . وفي البحر الرائق ج ٣ ص ١٦٩ : وإنما وجب المهر في الفاسد بالوطء عملاً بحديث السنن : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » ثلاث مرات . فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فصار أصلا للمهر في كل نكاح فاسد بعد حملنا له على الصغيرة والأمة كما قدمناه (٢) روى أبو يوسف في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال : كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه الصداق . وروى محمد عنه في الآثار عن حماد عن إبراهيم قال : إذا دخلت المرأتان كل واحدة على أخى زوجها فوطئت كل واحدة منهما ، فإنه ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها ولا يقربها زوجها حتى تنقضى عدتها . وروى البيهقي نحوه عن علي رضى الله عنه

وإذا لم أجعل الصداق فلا بد من الحد . قال أبو يوسف : حدثني محمد بن حماد عن إبراهيم أنه قال فيه : لها مهر ونصف مهر ، مثل قول أبي حنيفة وإذا قال الرجل لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت الدار ، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى رضي الله عنهما قالا : لا يقع الطلاق ^(١) . ولو قال : أنت طالق إن شاء الله ولم يقل : إن دخلت الدار ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال : لا يقع الطلاق . وقال : هذا والأول سواء . وبه نأخذ . حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال في ذلك : لا يقع الطلاق ولا العتاق ^(٢) وأخبرنا عبد الملك بن أبي سليمان ^(٣) عن عطاء بن أبي رباح أنه قال : لا يقع الطلاق ^(٤) [وقال ابن أبي ليلى : يقع الطلاق هنا ،

(١) قال السرخسي في المبسوط محتجاً لهما : لقوله عليه الصلاة والسلام : « من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه » ولأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة . قال الله تعالى : « ستجدني إن شاء الله صابراً » ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك . والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم ، وقد قررنا هذا في الإيمان

(٢) ورواه في كتاب الآثار أيضاً عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال : إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله ، فليس بشيء ولا يقع الطلاق . وأخرجه محمد أيضاً في آثاره ، ولفظه : أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله . قال محمد : وبه نأخذ . وهو قول أبي حنيفة

(٣) هو عبد الملك بن ميسرة أبي سليمان العرزمي الفزارى أبو محمد الكوفي أحد الأئمة . روى عن أنس وسعيد بن جبير ، وعنه شعبة والسفيانان وخلق . وثقه ابن معين والنسائي ، قال الترمذي : وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لانعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . روى له الخمسة والبخاري تعليقا . مات سنة ١٤٥

(٤) وأخرجه في آثاره أيضاً بهذا السند . وروى عن غالب بن عبيد الله عن

وكذلك العتاق^(١)

قال : وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقضت عدتها فتزوجت زوجا ودخل بها ثم طلقها ثم تزوجها الأول ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : هي على الطلاق كله . وبه نأخذ^(٢) . وقال ابن أبي ليلى : هي على ما بقي

عطاء أنه قال : إذا قال أنت طالق إن شاء الله ، فلا يقع الطلاق وليس بشيء . وأخرج القاضى أبو بكر محمد بن عبد الباقي عن محمد عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادة الله ، المشيئة خاصة لله تعالى لا يقع به الطلاق ، والارادة يقع به الطلاق . وروى البيهقي عن ابن عمر مرفوعا : « إذا حلف الرجل فقال إن شاء الله فتمد استثنى » وأخرج أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه : « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » قال الترمذى : حديث حسن . وقد روى موقوفاً . وروى الأربعة إلا أبا داود عن أبي هريرة مثله ، ورجاله ثقات

(١) قلت : سقط هذا اللفظ من الأصل وزدته من مبسوط السرخسى . قال السرخسى : وهذا لأن الاستثناء إنما يعمل عنده في اليمين بالطلاق والعتاق . وقوله : أنت طالق أو أنت حرة ، ليس بيمين . ثم قوله : إن شاء الله في مثل هذا إنما يراد به التحقيق ولا يراد التعليق ، لأن قوله : أنت طالق أو أنت حرة وصف فيليق به معنى التحقيق ولا يليق به معنى التعليق ، ولكننا نقول : قوله إن شاء الله تأثيره في إخراج الكلام من أن يكون عزيمة ، والايقاع في هذا والتعليق سواء : والأصل فيه قوله تعالى : « ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله »

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٥ : وإن طلق امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وهو قول ابن عباس وابن عمر وإبراهيم وأصحاب عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ، وعند محمد وزفرو الشافعى رحمهم الله تعالى هي عنده بما بقي من طلاقها ، وهو قول عمرو بن علي وأبي بن كعب وعمران

ابن الحصين وأبي هريرة رضى الله عنهم ، فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشائخ من الصحابة رضوان الله عليهم ، والمشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم . وحجة محمد في ذلك أن الزوج الثانى غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث ، قال الله تعالى : « حتى تنكح زوجا غيره » وكلمة حتى للغاية حقيقة ، وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من تلك الحرمة ، لأنها متعلّقة بوقوع الثلاث ، وبعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلا يكون الزوج الثانى غاية ، لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلاناً حتى أستشير فلاناً ثم استشاره قبل مجئ رأس الشهر لا يعتبر هذا ، لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين ، وإذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها . ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثانى كانت عنده بما بقى من التطليقات ، فكذلك هنا ، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالوا : إصابة الزوج الثانى بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية في الحكم المختص بالطلاق ، كما بعد التطليقات الثلاث . ويبان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم بإصابة الزوج الثانى يرتفع الوصفان جميعاً وتلتحق بالأجنبية التى لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك بإصابة الزوج الثانى . ثم الدليل على أن الزوج الثانى رافع للحرمة لأمته أن المنهى يكون متقدراً فى نفسه ولا حرمة بعد إصابة الزوج الثانى ، فدل أنه رافع للحرمة ، ولأنه موجب للحل ، فإن صاحب الشرع ساء محملاً فقال صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » وإنما كان محملاً لكونه موجباً للحل ، ومن ضرورته أنه يكون رافعاً للحرمة . وبهذا تبين أن جعله غاية مجاز ، وهو نظير قوله تعالى : « يأياها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ، ولا جنباً إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا » والاعتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجنباء . والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها ، حكم زوال الملك لا يثبت موقتا ، ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح . وإذا ثبت أن الزوج الثانى موجب للحل فأنما يوجب حلاً لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات ، وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به . ولما

باب الحدود

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أقيم الحد على البكر وجلد مائة جلدة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أنفيه من قبل أنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه نهى عن ذلك وقال : كفى بالإنبي فتنة ^(١) . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ينفي سنة إلى بلد غير بلد

كان رافعاً للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى ، ولأن يمنع بثبوتها إذا افترن بأركانها أولى الخ . قلت : وحديث ابن عباس وابن عمر رواه محمد عن الامام عن حماد عن سعيد بن جبیر عن عبد الله بن عتبة عنهما في كتاب الآثار . ثم قال : وبهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة . وأما قولنا : فهى على ما بقى من طلاقها ، إذا بقى منه شيء ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومماذ بن جبل وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضى الله عنهم . وأخرجه ابن خسر من طريق ابن زياد عنه

(١) رواه محمد فى الآثار وعبد الرزاق فى مصنفه عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن علي رضى الله عنه ، وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب قال : غرب عمر ربيعة بن أمية بن خلف فى الشراب إلى خبير فلاحق بهرقل فتعصر ، فقال عمر : لا أغرب بعده مسلماً ، ذكره القارى فى شرح مختصر الوقاية

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ٤٣ : ولا يجمع بين الجلد والرجم ، ولا بين الجلد والنفي . أما فى حق الجمع بين الجلد والرجم فى حق المحصن فتد بيناه ؛ وأما فى حق البكر فلا يجمع بين الجلد والنفي عندنا . إلى أن قال : وحجتنا فيه قوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » فقد جعل الجلد جميع حد الزنا ، فلو أوجبنا معه التعريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص وذلك يعدل النسخ . وروى أن مخدجا سقيما وجد على بطن أمة من إماء الحى يفجر بها ، فأتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اضربوه مائة . فقالوا : إن بدنه لا يحتمل الضرب . فقال صلى الله عليه وسلم : « خذوا عثكالا عليه مائة شراخ فاضربوه بها »

ولم يأمر بالتغريب ولو كان ذلك حداً لتكلف له كما تكلف للحد ، لأن عمر رضى الله عنه جلد أبا بكر رضى الله عنه في داره على الزنا وأمر امرأته أن تكتم ، فلو كان التغريب متمماً للحد لما أمرها بالكتمان ، لأن ذلك لا يتصور . ولما نفي شارب آخر ارتد ولحق بالروم فقال : والله لا أنفي أحداً بعد هذا أبداً . فلو كان مشروع حداً لما حلف أن لا يقيمه . قال على رضى الله عنه : « كفى بالنفي فتنة » والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حداً . وعن إبراهيم أن علياً وابن مسعود رضى الله عنهما اختلفا في أم ولد زنت بعد موت مولاهما ، قال على رضى الله عنه : تجلد ولا تنفي ، وقال ابن مسعود رضى الله عنه : تنفي . وأخذنا بقول على رضى الله عنه لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد . ومعنى هذا ما ذكره في الكتاب قال : رأيت شابة زنت أكنت أنفمها ؟ أى في نفمها تعريض لها لمثل ما ابتليت به ، فإنها عند أبيها تكون محفوظة ، ففي دار الغربية تكون خليعة العذار ، والنساء لحم على وضم إلا ماذب عنهن . وإنما تبقى المرأة محفوظة بالحافظ والاستحياء ، وذلك ينعدم بالتغريب فيكون تعريضاً لها للاقدام على هذه الفاحشة برفع المساع . وهذا أولى مما قاله الخصم ، لأن ما ينشأ عن الصحبة والمؤانسة يكون مكتوماً ، وما ينشأ عن المواقحة يكون ظاهراً ، فإن في هذا قطعاً لسبب ما ينشأ عن المحادثة وهو مكتوم ، ففيه تعريض للزنا بطريق الوقاحة وهو أخش . ثم قال : رأيت أمة زنت أكنت أنفمها فأحول بينها وبين مولاهما وبين خدمتها ، وحق المولى في الخدمة مرعى وهو مقدم على الشرع ؟ وإذا ثبت أن الأمة لا تنفي ، فكذلك الحرة ، لأن الله قال : « فعلمن نصف ما على المحصنات من العذاب » وإذا ثبت أن نصف الحد خمسون جلدة ثبت أن كاله مائة جلدة . ثم لا يجوز أن تنفي الحرة مع المحرم ، لأن المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحد ؟ وبدون المحرم هي ممنوعة عن المسافرة شرعاً ، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ما هو مستحق شرعاً . وأما المهاجرة لا تقصد السفر بغير محرم وإنما تقصد التخلص من المشركين ، حتى لو وصلت إلى جيش لهم منعة في دار الاسلام وأمنت لم يكن لها أن تسافر بغير محرم بعد ذلك . فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتغريب كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول سورة النور . والمراد بالتغريب الحبس على سبيل التعزير . إلى أن قال : وإن ثبت النفي على أحد فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد ، كما نفي رسول الله صلى الله عليه

الذى فجر به . وروى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أبي بكر
وعلى رضى الله عنهما (١)

قال : وإذا زنى المشركان وهما ثيبان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال :

وسلم هيت الخنث من المدينة ، ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج من المدينة
حين سمع قائلة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج
فنفاه ، واجتال لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك للصليحة ، فانه قال : وما
ذنبي يا أمير المؤمنين ؟ قال : لا ذنب لك وإنما الذنب لى حيث لا أظهدار الهجرة
منك . وقول ابن أبي ليلى فى النفي كقول الشافعى إلا أنه يقول : ينفى إلى بلد غير
البلد الذى فجر فيه ، ولكن دون مسيرة سفر ، وعند الشافعى لا يكون النفي دون
مسيرة سفر . وقال الحافظ علاء الدين التركمانى . قلت : ماورد فى هذا الباب من النفي
محمول على أنه كان تأديباً لرفع الفساد لاحداً ، كما ينفى الامام أهل الدعارة وكشفه
عليه السلام . وقد ذكر البيهقى فى باب من قتل عبده أنه عليه السلام نفى الذى قتل
عبده سنة . وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب أن عمر
غرب ربيعة بن أمية فى الخمر إلى خير فلهق بهرقل . فلما بلغ ذلك عمر قال : والله
لا أغرب بعدها أبداً . وروى أيضاً عن أبي حنيفة عن حماد بن إبراهيم قال : قال
عبد الله فى البكر يزنى بالبكر : يجلدان مائة وينفيان سنة . قال : وقال على :
حسبهما من الفتنة أن ينفيا . ولما لم يكن فى حد القذف والخمر تغريب دل على أنه
تأديب له لدعارته

(١) روى الترمذى عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله
عليه وسلم ضرب وغرب ، وأن أبا بكر ضرب وغرب ، وأن عمر ضرب وغرب ،
وحديث النفي رواه أبوهريرة وعبادة بن الصامت رواه البخارى وغيره من أصحاب
الصحيح والسنن . وأخرج البيهقى من طريق هشيم عن الشيبانى عن الشعبي أن علياً
رضى الله عنه جلد ونفى من البصرة إلى الكوفة ، أو قال من الكوفة إلى البصرة .
وروى البيهقى عن أبي بكر وعمر أيضاً ، وروى البخارى أن عمر كان ينفى من المدينة
إلى البصرة أو إلى خير

ليس على واحد منهما الرجم . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليهما الرجم .
ويروى ذلك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم « أنه رجم يهودياً ويهودية ^(١) » . وبه نأخذ ^(٢)

(١) وزواه البخارى أيضاً من طريق مالك عن نافع ، ومن طريق عبد الله
ابن دينار عن ابن عمر . وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه كلهم عن
مالك عن نافع عن ابن عمر ، ومسلم أيضاً من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع
عن ابن عمر

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ٣٩ : فأما الاسلام شرط فى قول علمائنا ، وعن
أبى يوسف أنه ليس بشرط ، وهو قول الشافعى ، لحديث ابن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين زنيا ، وزاد فى بعض الروايات : وقد أحصنا . والمعنى
فيه أن هذه عقوبة يعتقده الكافر حرمة سبها فيقام عليه ، كما يقام على المسلم
كالجلد والقطع والقتل فى القصاص ، بخلاف حد الشرب فإنه لا يعتقده حرمة سببه .
إلى أن قال : وحجتنا قواه عليه الصلاة والسلام : « من أشرك بالله فليس بمحصن »
قلت : أخرجه إسحاق بن راهويه والدارقطنى والبيهقى من طريق نافع عن ابن عمر
معناه ليس بكامل الحال فإن المحصن من هو كامل الحال ، والرجم لا يقام إلا على
من هو كامل الحال . والاعتماد فى المسألة على الاستدلال بالثبوت ، فإن الثبوت
بالنكاح الصحيح شرط لا يجاب الرجم ، ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته
بإصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالإصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ، ثم شرط
أن يكون بالنكاح فما كان ذلك إلا لاعتبار معنى النعمة . وتبين بهذا أن ما يشترط
لاقامة الرجم يشترط بطريقه هونعمة ، فكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريقه هو
نعمة ، وذلك بالاسلام بل أولى ، لأن أصل النعمة ، فى الوطء بملك اليمين موجود
إنما انعدم نهايتها ، وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقده الكافر ، وتأثيره أن الجريمة
كما تغلظ باجتماع الموانع تغلظ باجتماع النعم ، ولهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله
صلى الله عليه وسلم بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى : « يضاعف لها العذاب
ضعفين » لزيادة النعمة عليهن . وعوتب الانبياء على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم

قال أبو يوسف : قال أبو حنيفة : لا تقام الحدود في المساجد^(١) . وروى

لزيادة النعمة عليهم . والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر ، فبدن العبد أكثر احتمالاً للحد من بدن الحر ، فعرفنا أن بزيادة النعمة يزداد تغليظ الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة . إلى أن قال : فأما الحديث فأنما رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم التوراة ، ألا ترى أنه دعا بالتوراة وبابن سوريا الأعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا في كتابهم الرجم فرجمهما ، وقال : « أنا أحق من أحيا سنة أماتوها » ؟ وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها . فدل أنه إنما رجمهما بحكم التوراة ، ولم يكن الاحصان شرطاً في الرجم بحكم التوراة . وقوله : وقد أحصنا شاذ ، ولو ثبت فمراده الاحصان من حيث الحرية ، كما في قوله تعالى « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » قلت : وروى البيهقي من طريق سعيد بن منصور عن عيسى بن يونس عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم الغساني عن علي بن أبي طلحة عن كعب ابن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عنها وقال : إنها لا تحصنك . وروى أبو يوسف في الخراج عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى مشركة محصنة . وروى عن مغيرة عن إبراهيم والشعبي في الحر يتزوج اليهودية والنصرانية ثم يفجر قالاً : يجلد ولا يرجم . وروى عن أبي حنيفة الإمام عن حماد عن إبراهيم قال : لا يحصن الرجل يهودية ولا نصرانية ولا بأمته

(١) قلت : وكرر هذه المسألة ، وقد ذكرها قبل ذلك ومراراً وشرحتها وفرغنا من تحقيقها إلا أن السرخسي ذكرها في ص ٨٣ ج ٩ في ضمن المسألة ولا يخلو ذكرها عن زيادة فائدة . قال : وهو أي القاضى ممنوع من إقامة الحد فيها « أي في المساجد » الحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقام الحدود في المساجد » والحديث حكيم بن حزام رضى الله عنه في حديث فيه طول فلا يقام فيها حد ، ولأن تلويث المسجد حرام ، وإليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله : « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم » وإقامة الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث

ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : نقيم الحدود في المساجد ، وقد فعل ذلك

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال : ظننت أنها تحل لى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يدرأ عنه الحد ^(٣)

(١) قلت : لم أجد من أخرج هذا الحديث من أصحاب مسانيد الامام . وأخرج ابن ماجه من طريق عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقام الحدود في المساجد » وروى من طريق ابن لهيعة عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن جلد الحد في المساجد . وروى أبو يوسف في كتاب الخراج عن أشعث عن فضيل بن عمرو الفقيمي عن معقل قال : جاء رجل إلى على رضى الله عنه فساره فقال : يا قنبر أخرجه من المسجد وأقم عليه الحد . قال : وحدثننا ليث عن مجاهد قال : كانوا يكرهون أن يقيموا الحدود في المساجد . وروى البيهقي من طريق محمد بن عبد الله بن المهاجر عن زفر بن وثيمة عن حكيم ابن حزام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستقاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود (وذكرناه قبل ذلك)

(٢) قلت : وهو قول الامام محمد أيضاً ليس بين أصحابنا في هذا اختلاف ، قال الامام أبو يوسف في الخراج : ولا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد ولا في أرض العدو الخ

(٣) وفي كتاب الخراج ص ٢١١ طبع السلفية : قال أبو يوسف : ومن رفع إليك وقد تزوج امرأة في عدتها فلا حد عليه لما جاء في ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما ، فإنهما لم يريا في ذلك حدا ولكنه يفرق بينه وبينها ، وكذلك من رفع اليك وقد فجر بأمة له فيها شقص فلا حد عليه ، وكذلك الذى يظأ مكاتبته ، وكذلك الذى يظأ جارية امرأته أو جارية أبيه أو جارية أمه اذا قال : لم أعلم أنهم يحرمون على ، فإن قال : قد علمت أن ذلك حرام على ، أقيم عليه الحد . ولا حد على من وطئ جارية ابنه أو ابن ابنه وإن قال : قد علمت أنها حرام على ، لما جاء

فاذا أقرب ذلك في مقام واحد أربع مرات لم يحد وعليه المهر^(١). وبه نأخذ^(٢).
وقال ابن أبي ليلى وأنا أسمع : أقر عندى رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له :
أوطئتها ؟ قال : نعم . فقال له : أوطئتها ؟ قال : نعم . فقال له : أوطئتها ؟ قال : نعم .
قال له الرابعة : وطئتها ؟ قال : نعم . قال ابن أبي ليلى : فأمرت به بجلد الحد^(٣)

في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أنت ومالك لأبيك» فأما من وطئ
جارية أخيه أو أخته أو جارية ذى رحم محرم منه سوى ما سميت فعليه الحد . قال :
حدثنا اسماعيل بن أبي خالد عن عمير بن ندير قال : سئل ابن عمر رضى الله عنهما
عن جارية كانت بين رجلين فوق علمها أحدهما قال : ليس عليه حد . قال : وحدثنا
المغيرة عن الهيثم بن بدر عن حرقوص عن علي رضى الله عنه أن رجلا وقع على
جارية امرأته فدرأ عنه الحد . قال : وحدثنا اسماعيل عن الشعبي قال : جاء رجل
إلى عبد الله فقال : إني وقعت على جارية امرأتى ، فقال : اتق الله ولا تعد . قال :
وحدثنا أشعث عن الحسن بن علي رضى الله عنه قال : ليس عليه حد ،
وجارية الجد والجددة مثل جارية الأم والأب

(١) والمراد من المهر العقر ، لأن الحد إذا ثبت دفع عنه المهر ، وإذا درى
الحد عنه وجب عليه العقر . قال في ص ٩٧ ج ٩ من المبسوط في ضمن مسألة وطئ
جارية ابن الابن : ولا شيء على الجد من قيمة الأمة ، لأنه لم يتملكها ، وعليه
العقر لأن الوطئ قد ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية الخ

(٢) وبه قال الامام محمد أيضاً — أفاده السرخسى بقوله : عندنا

(٣) وفي المبسوط ج ٩ ص ٩١ : وابن أبي ليلى رحمه الله اعتبر الاقرار
بالشهادة بعلته أنه أحد حجتى الزنا ، ثم في الشهادة المعتبر عدد الأربعة دون اختلاف
المجالس ، فكذلك في الاقرار . وقال في ص ٩٢ : وابن أبي ليلى يستدل بهذا
الحديث أيضاً (أى حديث إقرار ماعز) ويقول : المذكور عدد الأقرارير دون
اختلاف المجالس . ولكننا نقول : قد وجد اختلاف مجالس المقر على ما روى
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة
ثم رجع ، وفي رواية قال : اذهب ويك فاستغفر الله ! فذهب حتى غاب عن

بصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع ، فالمعتبر اختلاف مجالس المقر دون
القاضي ، حتى إذا غاب عن بصر القاضي في كل مرة يكفي هذا لاختلاف المجالس .
والذى روى أنه أقر خمس مرات فانما يجعل ذلك على إقرارين كانا منه في مجلس
واحد فكانا كإقرار واحد . وروى أن أبا بكر رضى الله عنه قال له : أقررت
ثلاث مرات إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفي رواية
قال : إياك والرابعة فانها موجهة . وعن بريدة الأسلمى قال : كنا أصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم نتحدث أن ما عزا لو جلس في بيته بعد ما أقر ثلاثا ما بعث
رسول الله صلى الله عليه وسلم إليه من يرميه ، فدل على أن اشتراط عدد الأقرار
كان معروفا بينهم . والمراد من قوله : « فان اعترفت فارجمها » الاعتراف المعروف
في الزنا ، وهو أربع مرات . والصحيح من حديث الغامدية أنها أقرت أربع مرات .
هكذا ذكر الطحاوى رحمه الله ، إلا أن الأقرار منها كانت في أوقات مختلفة قبل
الوضع ، وبعد الوضع ، وبعد ما طهرت من نفاسها ، وبعد ما فطمت ولدها ، ولهذا
لم تتفق الرواية على نقل الأقرار الأربعة في حديثها . والذى روى أنها قالت :
« أتريد أن ترددنى كما رددت ما عزا ؟ » لا يكاد يصح ، لأن ترديد ما عزا كان حكما
شرعيا فلا يظن بها أنها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض فيما هو حكم شرعى ،
واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل ، فتمد ظهر فيها من التغليظ ما لم يظهر في سائر
الأمور . الخ والتفصيل فيه . وفي كتاب الخراج ص ١٩٤ قال : ومن أتى الامام
فأقر عنده بالزنا فلا ينبغي له أن يقبل منه قوله حتى يردده ، فاذا أتاه فأقر عنده
أربع مرات كل مرة يردده فيها ولا يقبل منه ، سأل عنه هل به لم ؟ هل به جنون ؟
هل في عقله شيء ينسكرك ؟ فاذا لم يكن به شيء من ذلك فتمد وجب عليه الحد . فان
كان محصناً فالرجم . والذى يبدأ بالرجم في الإقرار الامام ، ثم الناس ، وإن كان
بكرأ أمر بجلده مائة جلدة . هكذا بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل بما عزا
ابن مالك حين أتاه فاعترف عنده بالزنا ، حدثنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن
أبي هريرة رضى الله عنه قال : جاء ما عزا بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال :
إني زنيت ، فأعرض عنه حتى أتاه أربع مرات ، فأمر به فرجم ، فلما أصابته
الحجارة أدبر يشتم فلقى رجل بيده لحي جمل فضربه به فصرا ، فذكر للنبي

وأمرت الجلاوز^(١) فأخذه بيده فأخرجه من باب الجسر نفياً . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ليس ينبغي للحاكم أن يقول له : أفعلت ؟ ولا نوجب عليه الحد بأقرار أربع مرات فى مقام واحد . ولو قال : وطئت جارية أُمى فى أربعة مواطن لم يكن عليه حد ، لأن الوطء قد يكون حلالاً وحراماً فلم يقر هذا بالزنا^(٢) ، والله تعالى أعلم

صلى الله عليه وسلم فراره حين مسته الحجارة ، فقال : « علا تركتموه » . وقد بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عن عقل ماعز بن مالك فقال : « هل تعلمون بعقله بأساً ؟ هل تشكرون منه شيئاً ؟ » فقالوا : لانهله إلا وفى العقل من صلحائنا فيما نرى (١) فى المغرب : الجلاوز عند الفقهاء : أمين القاضى ، أو الذى يسمى صاحب المجلس . وفى اللغة : الشرطى ، واجمع جلاوز وجلاوزة

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ٩٦ : وحكى عن ابن أبي ليل أنه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له : أوطئتها ؟ قال : نعم . حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد . وخطأه أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا القضاء من أوجه : أحدها أن بأقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد مالم يقر بصريح الزنا ، والثانى وهو أن القاضى ليس له أن يطلب الاقرار فى هذا الباب بقوله : أفعلت ؟ بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع ، والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغى له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد مالم يعلم عليه بحرمة ذلك الفعل

وقع الفراغ بحمد الله عز وجل من التعليق بحوله وقوته ، ولا جول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم . وكان ذلك وقت العصر يوم الاثنين السابع عشر من ذى القعدة الحرام من شهر سنة ١٣٥٧ . وصلى الله على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وسلم تسليماً كثيراً . والحمد لله رب العالمين

فهرس مضامين : اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف قدس الله سره

صفحة	المضمون	صفحة	المضمون
٣	مقدمة اللجنة بقلم الأستاذ	٩٠	« في الأوصياء »
٨	أبي الوفا الأفغانى	٩٣	« في الشركة والعق وغيره »
١١	فاتحة الكتاب	٩٨	« في المكاتب »
١٥	باب الغصب	١٠٠	« في الإيمان »
٢٠	« الاختلاف في العيب »	١٠٤	« في العارية وأكل الغلة »
٣٠	« بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها »	١٠٥	« في الأجير والاجارة »
٣٣	« المضاربة »	١٠٨	« القسمة »
٣٥	« السلم »	١٠٩	« الصلاة »
٤١	« الشقعة »	١١٥	« صلاة الخوف »
٤٣	« المزارعة »	١٢٢	« الزكاة »
٤٥	« الدعوى والصلح »	١٣١	« الصيام »
٥٠	« الصدقة والهبة »	١٣٦	« في الحج »
٥٣	« في الوديعة »	١٤٣	« الديات »
٥٤	« في الرهن »	١٥٢	« السرقة »
٦١	« الحوالة والكفالة في الدين »	١٥٨	« القضاء »
٧٨	« في الدين »	١٦٣	« الفرية »
٨١	« في الإيمان »	١٦٩	« النكاح »
٨٣	« الوصايا »	١٨٦	« الطلاق »
	« المواريث »	٢١٨	« الحدود »

فهرس أسماء الرواة

صفحة	صفحة
(س)	(أ)
١٢١ سعيد بن جبير الوالي	٩٠ إبراهيم بن محمد بن المنتشر
١٩٦ سعيد بن أبي عروبة	٤٩ إبراهيم بن يزيد النخعي أبو عمران الكوفي
٤٩ سليمان بن مهران الأعمش أبو محمد الكاهلي مولا هم الكوفي	١٨٦ أشعث بن سوار
(ش)	(ح)
٨٩ شراحيل بن آدة أبو الأشعث الصنعاني	٣٩ حجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعي الكوفي
٦٧ شريح بن الحارث أبو أمية الكندي الكوفي القاضي المخضرم	٣٨ الحسن بن عمار أبو محمد الكوفي قاضي بغداد
٤٠ شريد بن سويد الثقفي	٣٨ الحكم بن عتيبة أبو محمد الكوفي الكندي
(ع)	
٨٩ عامر بن شراحيل الحيري الشعبي أبو عمرو	٥٢ حماد بن أبي سليمان مسلم أبو إسماعيل الأشعري الكوفي
١٤٢ عامر بن عبد الله بن مسعود أبو عبيدة الهذلي	٣٠ حميد بن عبد الله
١٩٧ عامر بن عبد الواحد الأحول البصري	(خ)
٣١ عبد الله بن عبيد الأنصاري	١٤٢ خصيف بن عبد الرحمن الجزري
٣١ عبد الله بن علي أبو أيوب الأفريقي الكوفي	(د)
٣٨ عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله ابن عباس أبو العباس السفاح	١٤٢ داود بن أبي هند القشيري أبو بكر المصري
٣٣ عبد الرحمن يعقوب الجهني المدني	(ر)
	١٣٩ رزين مولى علي بن عبد الله
	(ز)
	٣٣ زيد بن خليفة

صفحة	صفحة
٩٠ محمد بن المنتشر	٤٠ عبد الكريم بن أبي المخارق
٩٠ مسروق بن الأجدع	أبو أمية البصري
٨٩ مطرف بن طريف أبو بكر الكوفي	٢١٥ عبد الملك بن أبي سليمان
الحارثي	٣١ عبيد الأنصاري
(ى)	١٠٩ عبيدة بن المعتب
٣٩ يحيى بن الجزار العرفي الكوفي زبان	٤٩ عطاء بن أبي رباح الجندی المكي
(الكنى)	اليمني القرشي مولا هم
٨٩ أبو الأشعث هو شراحيل	١٣٩ علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي
٤٠ أبو أمية عبد الكريم و شريح	٣٩ عمرو بن الشريد الثقفي أبو الوليد
٥٢ أبو جعفر محمد بن علي الامام الباقر	الطائفي
٣٨ أبو العباس عبد الله بن محمد	٣٩ عمرو بن شعيب بن محمد السهمي
١٤٢ أبو عبيدة عامر بن عبد الله	القرشي أبو إبراهيم المدني
٨٩ أبو عمرو عامر بن شراحيل الشعبي	٣٢ علاء بن عبد الرحمن بن يعقوب
(الألقاب والنسب)	أبو شبل الحرقى المدني
١٩٧ الأحول عامر بن عبد الواحد	(ق)
٤٩ الأعمش سليمان بن مهران	٧٦ قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله
٥٢ الباقر محمد بن علي	ابن مسعود الهذلي قاضي الكوفة
٣٩ زبان يحيى بن الجزار	(ل)
٣٨ السفاح عبد الله بن محمد القرشي	٨٩ ليث بن أبي سليم القرشي الكوفي
الخليفة	(م)
٨٩ الشعبي عامر بن شراحيل	١١٠ مجالد بن سعيد
٤٩ النخعي إبراهيم بن يزيد	٣٨ مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي
	٥٢ محمد بن علي بن الحسين أبو جعفر
	الباقر الهاشمي الامام

بيان الخطأ والصواب

ص	س	خطأ	صواب	ص	س	خطأ	صواب
٩	١٨	ماود	ماورد	١١٢	١٤	قنت	ماقنت
١٢	١٣	حصه	حصته	١١٣	١٦	صليت	صليت
١٥	٢٠	أبي حنيفه	محمد	١١٥	٦	ولا	ولا ان
»	»	ص ٩٥	ص ٩١	١٤٨	١١	لا يجزىء	لا يجزى
١٩	٦	بعد ذلك	بعد ذلك	١٥٤	١	الثلجى	البلخى
«	١٨	حق حط	حتى حط	١٥٤	٢٦	ورى	وروى
٢٣	٨	وليس بعد	وليس يعد	١٦٠	١٩	ويجبره	ويخبره
٢٤	١	التفليس شىء	التفليس شيئاً	١٧٦	٢١	ثبت	بنت
٤٢	٥	ألا تر	ألا ترى				
٥٧	٢١	ووائح	ورائح				